Der stellvertretende Abschluß obligatorischer Verträge

nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen juristischen Fakultät

der

Königlich Bayerischen

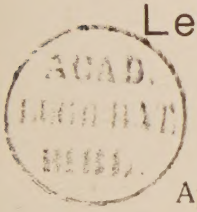
Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Leopold van Biema

aus Hannover

Referendar zu Hannover.



Approbiert am 21. Juli 1906.

Hannover.

Druck von Wilhelm Harzig.

1906.

Referent:
Universitätsprofessor Dr. Binder.

Dem Andenken meines Vaters

des Doctor iuris utriusque

Adolph van Biema

weiland Rechtsanwalt zu Hannover

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0109

Literaturverzeichnis.

Bähr: Über die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 6 S. 131 ff.

Binder: Schloßmann, die Lehre von der Stellvertretung, in der kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. 46 S. 347 ff.

Brach: Zu § 164 Abs. 2 BGB. im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Jahrgang V, 1901 S. 558.

v. Buchka: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. 1852.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. 4. Aufl. 1903.

David: Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens, im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. V. Jahrgang 1901 S. 506 ff.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußen. Bd. 1. 2. Aufl. 02.

Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1, Allgemeiner Teil, Berlin, Guttentag 1896.

— Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches nach des Verfassers Tode fortgeführt von Leonhard. 1. u. 2. Aufl. Berlin, Guttentag 02.

Endemann: Lehrbuch, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 8. Aufl., 03.

Enneccerus und Jäger: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Eine Einführung in das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. 05.

Fischer-Henle: BGB. Handausgabe 7. Aufl. München, Beck 06.

Gareis: Verträge zu Gunsten Dritter, Würzburg 1873.

Goldmann und Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1 Aufl. 2, 03.

Hellmann: Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 31 S. 346 ff.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte nach deutschem Reichsrecht, unter besonderer Berücksichtigung des BGB. Leipzig, Deichert 00.

Hölder: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil, 99.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches von Dr. Otto Fischer. V. Bd. 1. Heft. Jena, Fischer 00.

v. Jhering: Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen. X. Aufl. bearb. v. Regelsberger, Jena, Fischer 04.

Kuhlenbeck: Handkommentar zum BGB. 2. Aufl. 1. Bd. Berlin, Heymann 03.

Leonhard: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin, Guttentag 00.

Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 36 S. 1 ff.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 5. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhard, Breslau, Marcus 01.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl. Berlin, Häring 02.

Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.

Mumm: Zur Auslegung des § 164 BGB. im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. V. Jahrgang 1901 S. 137 ff.

Neumann: Handausgabe des BGB. 4. Aufl. Berlin, Vahlen 00.

Planck: Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 03.

Regelsberger: In der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 11, S. 559 ff.

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin, Müller 99.

Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 93 N. F. Bd. 43 S. 131ff. 1902.

Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen. I. Teil Kritik der herrschenden Lehren. Leipzig, Deichert 00. II. Teil Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung daselbst 02.

Siméon: Recht und Rechtsgang im deutschen Reich. 3. Aufl. Berlin, Heymann 01.

Stammler: Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 97.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. u. 7. Aufl.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Einleitung und allgemeiner Teil von Löwenfeld und Riezler. 2. Aufl. 03.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. von Kipp. 00.

Zimmermann: Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. Straßburg, Schultz & Cie. 1876.

Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. II. Teil, 9. u. 10. Heft der Beiträge von Bekker und Fischer. Berlin, Guttentag 99.

— Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. I. Allgemeiner Teil 00.

Außerdem die Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch und die im Texte zitierten gerichtlichen Entscheidungen.

Die Schriften werden im folgenden nur mit dem Namen der Verfasser zitiert. Die Abkürzungen der Sammlungen und Zeitschriften entsprechen den „Vorschlägen des deutschen Juristentages“, Berlin, Guttentag 05.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung. Begriffsbestimmung der Stellvertretung, insbesondere ihre Abgrenzung von den s. g. Verträgen zu Gunsten Dritter und der s. g. mittelbaren Vertretung 9

§ 2. Der stellvertretende Abschluß obligatorischer Verträge. Insbesondere die Fälle, in denen die Umstände ergeben, daß die Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll. (§ 164, Abs. 1 Satz 2 BGB.) 23

§ 3. Die Fälle, in denen die Umstände ergeben, daß die Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll, der andere Vertragschließende aber der Ansicht ist, der Vertreter handle im eigenen Namen 32

§ 4. Dieselben Fälle wie im vorigen § mit der Besonderheit, daß es hier dem anderen Vertragschließenden gleichgültig ist, ob der Vertreter oder der Vertretene sein Vertragsgegner ist . 38

§ 5. Die Fälle, in denen der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt. (§ 164 Abs. 2 BGB.) 58

§ 6. Die Fälle, in denen, ohne daß der eine Vertragschließende den Willen hat, in fremdem Namen zu handeln, der andere eine dahingehende Erklärung seines Gegners aus den Umständen entnimmt 68

Der stellvertretende Abschluß obligatorischer Verträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 1.

Stellvertretendes Handeln verlangt Abgabe einer Willenserklärung durch eine Person, nämlich den Vertreter, im Namen einer anderen, des Vertretenen.[1]) Ob der Vertreter Vertretungsmacht hat, ist für die Frage, ob stellvertretendes Handeln vorliegt, gleichgültig. Denn auch derjenige, der ohne Vertretungsmacht handelt, ist Vertreter, selbst dann, wenn der Vertretene die nachträgliche Genehmigung verweigert.[2]) Die Vollmacht oder die Genehmigung sind nur Voraussetzung für den Eintritt der Vertretungswirkung. Ihr Vorhandensein macht die Handlung des Vertreters so wenig zu einer stellvertretenden, als ihr Mangel der Vertretertätigkeit diese Eigenschaft nimmt. Deshalb bleibt die Vertretungsmacht für die folgende Arbeit, die nur den stellvertretenden Abschluß obligatorischer Verträge zum Gegenstande hat, außer Betracht.

Das stellvertretende Handeln im Gebiete der Rechtsgeschäfte wird dadurch gekennzeichnet, daß der Vertreter die Erklärung, die er in Vertretung eines andern abgibt, in dessen Namen abgibt, auf fremden Namen stellt und so dem Eintritte der Rechtswirkung die Richtung auf die Person des genannten Vertretenen verleiht. Die Aufnahme des Namens des Vertretenen als des Destinatärs der Rechtswirkung ist einer Rechtsordnung, die den Parteien die freie Willensbestimmung über die Gestaltung ihrer Rechts-

[1]) BGB. § 164 Abs. 1.

[2]) arg. § 179 Abs. 1.

beziehungen überläßt, genügender Anlaß, die Folge, die sich regelmäßig an die Person des Handelnden heftet, in der Person des Vertretenen eintreten zu lassen. Diese scheinbare Besonderheit bedarf kaum der Rechtfertigung. „Die Wirksamkeit des durch einen Stellvertreter geschlossenen Geschäfts für den Prinzipal beruht nicht auf der bloß subjektiven Absicht des Stellvertreters, sondern auf der objektiven Richtung des Geschäfts auf den Prinzipal, auf dem Abschlusse auf dessen Namen. Die Abweichung rücksichtlich der Wirkung wird also angedeutet, erklärt und gerechtfertigt durch eine Abweichung in der Form des Abschlusses; jene Eigentümlichkeit ist also nicht etwas dem Geschäfte selbst Fremdes, das sich erst von außen zu ihm hinzugesellte, aus Umständen entnommen werden müßte, die im Geschäfte selbst nicht hervortreten, sondern sie ist etwas von Anfang an ihm Immanentes, durch seinen Inhalt und die Form seines Abschlusses Gewolltes und Gesetztes.“ Diese von Jhering[1]) aufgestellte Begriffsbestimmung des stellvertretenden Handelns, wie sie als Niederschlag allgemeiner Anschauung vom BGB. § 164 Abs. 1 übernommen ist, ist von Schloßmann in seinem Werke „Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen“ in mehreren Beziehungen scharf angegriffen worden.

Ausgehend von der Anschauung, daß die Stellvertretung nichts anderes sei, als Geschäftsführung in ihren Beziehungen zu Dritten[2]), daß also die bisherige Behandlung der Stellvertretung als einer in den allgemeinen Teil des Privatrechts gehörenden Lehre nicht die ihrem Wesen entsprechende sei, bezeichnet Schloßmann die Merkmale, die von der bisherigen Doktrin als Merkmale des allgemeinen Stellvertretungsbegriffs aufgestellt sind, und weiterhin auch die besonderen Merkmale der von ihm geleugneten juristischen Stellvertretung als nicht geeignet, den wahren Tatbestand der Stellvertretung zu umgrenzen. Als stets wiederkehrendes Tatbestandsmerkmal seines Vertretungs-

[1]) Jhering J. 1, 319 u. 320.

[2]) Ebenso Isay 175 Anm. 2.

begriffs findet Schloßmann[1]), daß allen Personen, mit denen wir es im Rechte der Vertretung zu tun haben, gemeinsam ist, daß sie fremde Angelegenheiten, unter Umständen neben eigenen, besorgen, alle von der empirischen Absicht geleitet, dem andern Arbeit abzunehmen, den wirtschaftlichen Erfolg der Arbeitsleistung aber positiv und negativ auf den andern abzulenken. Als Vertreter im Sinne der Schloßmannschen Lehre sind demnach alle diejenigen anzusehen[2]), die zufolge eines bestehenden Rechtsverhältnisses (Vertretungsverhältnisses) zum Vertretenen verpflichtet sind, mit Bezug auf Dritte für seine, des Vertretenen, Rechnung und Gefahr zu wirken. Die Aufgabe der Rechtsordnung besteht nach Schloßmann[3]) darin, für die rechtliche Verwirklichung der die Beteiligten leitenden Absichten zu sorgen. Die Lösung bestehe in der Regelung der dreifachen Beziehungen zwischen Vertretenen und Vertreter, Dritten und Vertreter und Vertretenen und Dritten. Die herrschende Doktrin habe der richtigen Erkenntnis die Wege abgeschnitten durch die Lehre von der angeblichen Selbständigkeit der Vertretung gegenüber den Verhältnissen des Auftrags, der Vormundschaft u. s. w., gerade diese einzelnen Vertretungsverhältnisse gelte es zu erforschen. Schloßmann[4]) bezeichnet als Mängel der herrschenden Lehre, das a priori postulierte Axiom, daß die Handlung des Vertreters direkte Wirkungen in der Person des Vertretenen begründet, den Mangel der Erkenntnis, daß es sich in den Fällen der von vielen sogenannten indirekten oder stillen Vertretung nicht um einen begrifflichen Gegensatz handle, sondern nur um eine Verschiedenheit des technischen Mittels zur Erreichung des Vertretungszwecks, endlich die fehlerhafte Begriffsbildung der Begriffe „Handeln in fremdem Namen“ und „Vollmacht.“

Auf den von Schloßmann geleugneten Unterschied von direkter und indirekter Vertretung werden wir weiter

[1]) Schloßmann 1, 44 ff.
[2]) Schloßmann 1, 54.
[3]) Schloßmann 1, 73 ff.
[4]) Schloßmann 1, 79 ff.

unten noch eingehen, seine Ausführungen über die Vollmacht brauchen als außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegend nicht berücksichtigt zu werden, dagegen sind seine Ausführungen über die fehlerhafte Bildung des Begriffs „Handeln in fremdem Namen" hier noch kurz anzuführen.

Schloßmann [1]) versucht hier zu zeigen, daß man sich von dem Begriffe „Handeln in fremdem Namen" keine klare Vorstellung gemacht habe, aus den einzelnen Definitionen der Stellvertretung ergebe sich, daß dieser Begriff ein unbestimmbarer sei.[2]) In dem Artikel 52 des alten Handelsgesetzbuchs und § 164 BGB. könnten die Worte „im Namen" nicht den Sinn haben, wonach der Vertreter in irgend einer Weise ausspreche, daß er ein fremdes Geschäft besorge, denn dem stände Art. 52 Abs. 2 und § 164 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 entgegen.[3]) Die Worte „im Namen" seien hier, wie überhaupt nach dem allgemeinen Sprachgebrauche im Sinne von „im Interesse" zu verstehen.[4])

Unseres Erachtens[5]) haben die Worte „im Namen" den am Anfang dieser Darstellung angegebenen Sinn. Sie bedeuten nichts anderes, als daß der Vertreter eine Willenserklärung dahin abgibt, daß die Wirkungen in der Person des Vertretenen eintreten sollen, ebenso bedeutet das Wort „für" in Art. 52 Abs. 2 altes HGB. soviel wie „mit Wirkung für".[6])

Schloßmann [7]) leitet die Inhaltlosigkeit des Begriffs „Handeln in fremdem Namen" besonders daraus her, daß die herrschende Lehre unter Umständen in ganz gleich gelagerten Fällen Handeln im eigenen Namen annehme, z. B. wenn durch einen Kommissionär der Dritte Kenntnis erhält, daß jener im Namen = im Interesse des Kommittenten handelt.

[1]) Schloßmann 1, 115 ff.
[2]) Vgl. hierzu die Kritik Binders in KrVJSchr. 46, 348—351.
[3]) Schloßmann 1, 144.
[4]) Schloßmann 1, 148.
[5]) vgl. Hellmann, ZZP. 31, 353.
[6]) vgl. Binder KrVJSchr. 46, 363.
[7]) Schloßmann 1, 150 ff.

Er übersieht unserer Meinung nach dabei, daß die objektiv vorhandenen Umstände in den einzelnen Fällen verschiedene sind und daß aus ihnen erst möglicherweise der Wille des Kontrahenten zu ermitteln ist.[1])

Ausschlaggebend für die Unrichtigkeit seiner Polemik gegen den Begriff des in fremdem Namen Handeln[2]) dürfte aber schließlich der Umstand sein, daß Schloßmann[3]) selbst auf diesen Begriff später zurückkommt und für die Mehrzahl der Vertretungsfälle ebenfalls ein „Handeln in fremdem Namen" verlangt. Allerdings will er mit diesem Erfordernisse seiner Theorie einen nach seiner Meinung besonderen Sinn verbunden wissen. Während bisher der Inhalt des Begriffs Handeln in fremdem Namen positiv dahin aufgefaßt wurde, daß die Wirkung des Vertretergeschäfts vereinbarungsgemäß für und gegen den Vertretenen eintreten sollte, bestimmt Schloßmann den Inhalt negativ dahin, daß unter der Vereinbarung kontrahiert werde, daß die Wirkungen des Geschäftes den Vertreter nicht treffen sollen. Wenn Schloßmann einen Unterschied zwischen dieser rein negativen Begriffsbestimmung und der bisherigen annimmt, so irrt er. Bei einer Handlung in fremdem Namen gibt es nur zwei Möglichkeiten[4]), entweder der Vertretene oder der Vertreter wird berechtigt und verpflichtet. Die Existenz der einen Möglichkeit kann daher sowohl durch eine positive, nur darauf gerichtete Behauptung ausgedrückt werden, als auch dadurch, daß die Existenz der anderen Möglichkeit in Abrede gestellt wird. Beide Ausdrucksweisen sind von gleicher Bedeutung und enthalten insbesondere keinen sachlichen Unterschied.[5])

[1]) übereinst. Isay 177, 178.

[2]) Auf die ausführlichen Widerlegungen durch Manigk 292 ff., Isay 275 ff., Rümelin ArchCivPrax. 93. 131 ff., Binder KrVJSchr. 46, 362 ff. und Hellmann ZZP. 31, 353 ff. wird insbesondere verwiesen.

[3]) Schloßmann 2, 326 ff.

[4]) so Schloßmann selbst 2, 333.

[5]) übereinst. Hellmann ZZP. 31, 356, vgl. auch Binder KrVJSchr. 46, 367 u. 368, der ebenfalls hierzu bemerkt, daß Schloßmann seiner eigenen Theorie untreu werde und hier alles das bringe, was er im ersten Bande mit so viel Aufwand von Gründen als unmöglich bezeichnet habe.

Wir kommen somit zu dem Ergebnisse, daß wir den durch das Gesetz normierten Begriff des Handelns in fremdem Namen in dem Sinne der bisherigen Lehre beibehalten müssen.

Ehe wir uns den Hauptfragen der vorliegenden Arbeit zuwenden können, ist es notwendig, den somit festgestellten Begriff der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften von zwei Rechtsinstituten in kurzen Zügen abzugrenzen, welche mit der Stellvertretung insofern Ähnlichkeit haben, als auch bei ihnen — wie hier der Vertretene — eine dritte Person aus dem Vertragsschlusse zweier Kontrahenten Rechte erwirbt.

Zunächst handelt es sich um die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter.

Das bürgerliche Gesetzbuch behandelt sie unter der umfassenderen Bezeichnung „Versprechen der Leistung an einen Dritten" in den §§ 328 ff. und gibt die Begriffsbestimmung: „Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern."

Die Unterscheidung der Verträge zu Gunsten Dritter von der Stellvertretung ist ihrer erheblichen Schwierigkeit wegen von fast allen Schriftstellern, die sich eingehend mit der Lehre von diesen Rechtsinstituten beschäftigt haben, versucht worden.[1]) Trotzdem war und wird es kaum möglich sein, bei noch so scharfer theoretischer Abgrenzung ein für die praktische Anwendung unbedingt sicheres Kriterium zu finden, von dem man im Einzelfalle sich mit Bestimmtheit zu Gunsten des einen oder des anderen Instituts entscheiden könnte.

Von den versuchten Lösungen[2]) dieses Problems verdienen drei besondere Erwähnung zu finden.

Zimmermann[3]) formuliert seine Meinung über das Unterscheidungsmerkmal dahin: „Bei der Stellvertretung

[1]) vgl. Garcis 34 Anm. 2, Buchka 187 ff., Windscheid-Kipp § 316 a Anm. 1, Hellwig 44 ff.

[2]) vgl. Bähr Jhering J. 6, 136 ff., Regelsberger KritVJSchr. 11, 559-569.

[3]) Zimmermann, 84.

macht der Promittent durch das dem Stellvertreter gegenüber abgegebene Versprechen dem Dritten (dem Prinzipal des Stellvertreters) eine ökonomische Zuwendung; diesem Dritten gegenüber verfolgt er also auch eine (liberale oder onerose) causa. Der Stellvertreter bewährt sich also auch hier als einer, welcher das Selbstkontrahieren des Prinzipals wirklich und wahrhaft ersetzt. Eine Zuwendung des Promittenten an den Stellvertreter liegt ebensowenig vor, wie (notwendigerweise) eine Zuwendung des Stellvertreters an den Prinzipal. Im Vertrage zu Gunsten eines Dritten aber sind zwei wirtschaftliche Zuwendungen enthalten, eine solche des Promittenten an den Promissar und eine solche des Promissars an den Dritten. Jede der beiden Zuwendungen hat natürlich ihre causa. Eine Zuwendung des Promittenten an den Dritten (und folglich ein causales Verhältnis zwischen beiden) liegt nicht vor."

Hiergegen bemerkt schon Schloßmann[1]) mit Recht, für die Behauptung, bei der Vertretung mache der Promittent dem Dritten, d. h. dem Vertretenen eine Zuwendung, mit dem er in Wirklichkeit nicht kontrahiert habe, gebe Zimmermann keinerlei Begründung, seine Behauptung komme der Sache nach auf die Fiktion hinaus, daß das mit dem Vertreter geschlossene Geschäft mit dem Vertretenen selbst geschlossen sei.

Außerdem wird die Schärfe der Unterscheidung zum Teil wieder dadurch beseitigt, daß, wie Zimmermann selbst zugibt[2]), bei der Vertretung möglicherweise auch eine „Zuwendung" des Vertreters an den Vertretenen erfolgen könne, mit anderen Worten es sein könne, daß der Stellvertreter etwas aus seinem Vermögen für den Prinzipal aufgeopfert z. B. den Kaufpreis an den Dritten erlegt habe.

Eine im Vergleiche zu der Zimmermannschen[3]) un-

---

[1]) Schloßmann, 1, 62.

[2]) Zimmermann 84 Anm. 1.

[3]) Eine ähnliche Auffassung wie Zimmermann wird auch von Hellwig 49 dargelegt.

gleich einfachere, aber wohl ebensowenig verwendbare Auffassung ist die Stammlers[1]), der nach dem Satze in dubio minus entscheiden will. Hiergegen ist zu sagen, daß die hier fraglichen beiden Vertragsarten nicht in dem Verhältnisse von maius und minus stehen, sondern Verträge verschiedener Art sind.

Entsprechend seiner schon vorhin zur Sprache gekommenen Anschauung, das Wesen der Stellvertretung in den Kausalbeziehungen zwischen Vertretenen und Vertreter zu suchen, findet Schloßmann[2]) auch den Unterschied zwischen Stellvertretung und Vertrag zu Gunsten Dritter in dem Verhältnisse des Kontrahenten zu dem Vertretenen (oder dem Tertius). Handle der Kontrahent, führt Schloßmann aus, in der der Vertretung eigentümlichen Tendenz, auf Grund eines Auftragsverhältnisses, einer Vormundschaft, einer Stellung als Staats- oder Gemeindebeamter, eines Gesellschaftsverhältnisses, einer negotiorum gestio u. s. w. dem anderen mit Abschlusse des Geschäftes einen Dienst zu leisten, den Vorteilen und Lasten des Geschäftes fremd zu bleiben, so sei Stellvertretung vorhanden. Bei dem sogenannten Vertrage zu Gunsten Dritter als einem von dem Vertrage des Vertreters verschiedenen Geschäfte könne also dem Verhältnisse zwischen dem Kontrahenten und dem Dritten nur eine anders geartete causa zugrunde liegen: Es könne nur durch den animus donandi, credendi, solvendi, condicionis implendae causa u. s. w. getragen sein.

Aber auch diese Unterscheidung gibt uns, wenn auch, wie Binder[3]) in seiner Kritik Schloßmanns hervorhebt, die causae der beiden Geschäftsarten tatsächlich verschieden sein werden, kein sicheres Abgrenzungsmerkmal. Denn es wird nicht bezweifelt werden können, daß auch ein Beauftragter den animus solvendi hat, wenn er in Erfüllung seiner durch den Auftrag begründeten Verpflichtung ein Stellvertretungsgeschäft für seinen Auftraggeber vor-

[1]) Stammler 169 Anm. 1.

[2]) Schloßmann 1, 64 ff.

[3]) Binder KrVJSchr. 46, 358.

nimmt. „Wenn nach Schloßmann unzweifelhaft Vertretung vorliegt, wo S. von D. kauft mit der Vereinbarung, daß an V. geliefert werde, weil er hierfür von V. beauftragt ist, „so scheint mir", sagt Hellmann[1]) in seiner Kritik des Schloßmannschen Werkes „zwischen S. und V. die causa solvendi obzuwalten nicht minder als wenn S. solchen Kauf mit D. abschließt, weil ihm durch Testament seines Erblassers die Auflage hierzu gemacht worden war."

Unseres Erachtens liegt der theoretische Unterschied zwischen Stellvertretung und Vertrag zu Gunsten Dritter in der Frage: Will der Kontrahent ganz aus dem Konnexe des Vertrages heraustreten und den Dritten allein berechtigt und verpflichtet wissen oder will er aus dem Vertrage selbst berechtigt und namentlich verpflichtet bleiben? Im Einzelfalle ist daher zu untersuchen, welchen Willen der Kontrahent, der Vertreter oder der Versprechensempfänger hatte, und da es sich hier um Verträge handelt, welchen Willen auch der Dritte (Versprechende) hatte und ob eine Übereinstimmung der beiderseitigen Willenserklärungen zustande gekommen ist. Somit kann, da bestimmte Formeln für die eine oder die andere Vertragsart nicht vorgeschrieben sind, in einem zweifelhaften Falle die Entscheidung, was für ein Vertrag vorliegt, nur durch Auslegung der Willenserklärungen der beiden Kontrahenten ermittelt werden. Übereinstimmend sagt Binder[2]), daß die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen in beiden Fällen einen verschiedenen Inhalt haben, es werde also aus der Erklärung zu entnehmen sein müssen, ob das eine oder das andere Rechtsgeschäft vorliege. Es handele sich seines Erachtens um eine Interpretationsfrage. Insbesondere ist nicht ausgeschlossen, daß die Willenserklärungen, wie allgemein zulässig, auch „stillschweigend" erfolgen. Hieraus folgt aber ebenfalls, daß es nicht möglich ist, eine Formel aufzustellen, durch deren Anwendung jeder Vertrag der

[1]) Hellmann ZZP. 31, 349.

[2]) Binder KrVJSchr. 46, 357.

einen oder der anderen Art zugewiesen werden kann. Sondern die Auslegung hat nach den Zwecken und Zielen der Vertragschließenden zu fragen und danach zu ermitteln, welche Vertragsart ihren Absichten am besten entspricht. Zum Zwecke der Erforschung des Parteiwillens können die oben angeführten Methoden von Wert sein, insbesondere ist nicht zu verkennen, daß die verschiedenen Beziehungen der Vertragschließenden untereinander und zu dem Dritten für die Auslegung ihrer Absichten bedeutsam werden können. Immerhin kommen sie aber bei der Auslegung nur als ein Teil der Umstände in Betracht, welche insgesamt das Interesse der Handelnden ausmachen, und als hervorragendste Auslegungsregel ist anzunehmen, daß die Parteien stets das gewollt haben, was ihrer „individuellen Interessenlage“[1] am besten entspricht.

Das zweite Rechtsinstitut, das wir begrifflich von der Stellvertretung abzugrenzen und bei dem wir ebenfalls zu untersuchen haben, ob und auf welchem Wege es möglich sein wird, es in jedem einzelnen praktischen Falle von der Stellvertretung zu unterscheiden, ist die sogenannte **mittelbare oder indirekte Stellvertretung.**

Nach der herrschenden Meinung ist den beiden Arten nur die endliche Wirkung gemeinsam: nämlich daß die Wirkung aus dem Vertrage, den der Vertreter und der Dritte miteinander abgeschlossen haben, im letzten Ende für den Geschäftsherrn bedeutsam wird. Der Unterschied liegt darin, daß der mittelbare Stellvertreter — auch stiller Stellvertreter, Ersatzmann, Zwischenperson genannt — im eigenen Namen kontrahiert und die infolgedessen für ihn eingetretene Wirkung des Geschäfts erst durch ein neues Rechtsgeschäft (Abtretung einer Forderung, Schuldübernahme u. dgl.) auf den von ihm Vertretenen übergehen lassen muß, während bei der sog. direkten oder unmittelbaren Stellvertretung die Wirkung des stellvertretenden Handelns ohne weiteres in der Person des Vertretenen

[1]) Rümelin ArchCivPr. 93, 146.

eintritt. Das typische Geschäft der mittelbaren Stellvertretung ist das Kommissionsgeschäft des Handelsgesetzbuchs.

Bei der mittelbaren Stellvertretung handelt es sich somit in Wahrheit gar nicht um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch den Stellvertreter. Der gewollte wirtschaftliche Erfolg wird hier vielmehr durch die Vornahme mehrerer rechtlich selbständiger Geschäfte herbeigeführt, da es zur Übertragung der Wirkungen auf den Vertretenen immer noch eines weiteren besonderen Rechtsgeschäfts zwischen diesem und dem sog. Stellvertreter bedarf. Ein Übergang kraft Gesetzes findet nicht statt.[1])

Das bürgerliche Gesetzbuch versteht unter „Vertretung" nur die Vertretung mit direkter Wirkung. Trotz einer erfolglosen Anregung in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches[2]) befaßt es sich mit der mittelbaren Stellvertretung als Rechtsinstitut überhaupt nicht. Die Motive zum Entwurf § 115[3]) sagen: „Die sog. mittelbare Vertretung, bei welcher jemand ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber in der Absicht vornimmt, die rechtliche Wirkung einem anderen zukommen zu lassen, ist juristisch betrachtet kein Fall der Vertretung."

Die Zulässigkeit des Instituts der mittelbaren Vertretung ist aber zweifellos. Obwohl vielfach an dem Namen mittelbare „Vertretung" Anstoß genommen ist, so stehen wir, ohne diesen unter Juristen einmal gemeinverständlichen Ausdruck zu vermeiden[4]), mit dem bürgerlichen Gesetzbuche auf dem Standpunkte, daß die mittelbare Vertretung keine[5]) Vertretung ist, oder sich wenigstens von der direkten Vertretung begrifflich und tatsächlich wesentlich unterscheidet. Diesen bisher allgemein und übereinstimmend

[1]) Staudinger-Löwenfeld 467, Anm. 8.
[2]) Protokolle 2, 360 ff.
[3]) Motive, 1, 223.
[4]) vgl. Leonhard 303.
[5]) A. A. Dernburg 498.

angenommenen Unterschied zwischen den beiden Vertragsarten leugnet Schloßmann, wie wir bereits oben angedeutet haben.

Schloßmann [1]) kennzeichnet die herrschende Ansicht als unrichtig, weil nach ihr lediglich der Parteiwille die Bestimmung darüber treffe und treffen könne, ob die Wirkung des Vertretergeschäftes unmittelbar den Vertretenen oder zunächst nur den Vertreter angehen sollen. Das objektive Recht aber entscheide nach objektiven Gesichtspunkten darüber, ob die Rechtswirkungen des Vertretergeschäfts unmittelbar den Vertretenen oder zunächst den Vertreter treffen, sowie ferner darüber, ob die Wirkungen des Vertretergeschäfts in dem einzelnen Falle gleichmäßig in Ansehung des Vertretenen und des Vertreters, oder verschieden für jeden von beiden zu bestimmen seien. [2]) Da direkte und indirekte Wirkungen das gemeinsam hätten, daß kraft Rechtssatzes im letzten Erfolge die wirtschaftlichen Wirkungen des Geschäfts das Vermögen des Vertretenen träfen [3]), so gebe es nur eine Vertretung, d. h. die Besorgung fremder Angelegenheiten auf Gefahr und Rechnung des Interessenten. [4])

Unseres Erachtens treffen diese Darlegungen nicht zu. Mögen auch die wirtschaftlichen Wirkungen im letzten Erfolge bei beiden Vertretungsarten dieselben sein, so kommt doch für die juristische Konstruktion allein in Betracht, daß die rechtlichen Wirkungen der direkten und indirekten Vertretung durchaus verschieden sind, da bei der direkten Stellvertretung ohne weiteres eine Rechtswirkung entsteht, die bei der indirekten Vertretung erst die Wirkung eines zweiten, besonderen und selbständigen Geschäfts ist. Schloßmann setzt „wirtschaftliche Wirkung“ und „Rechtswirkung“ als gleichbedeutend [5]), und dieser Irrtum verwischt ihm die Unterschiede der beiden Ver-

[1]) Schloßmann 1, 95 u. 96.
[2]) Schloßmann, 1, 379, 380.
[3]) Schloßmann, 2, 7 ff.
[4]) vgl. oben S. 10 u. 11.
[5]) s. a. Hellmann ZZP. 31, 364.

tretungen. Auch die Angriffe dagegen, daß die Unterscheidung auf dem Parteiwillen beruhe, gehen u. E. fehl. Enneccerus[1]) fragt mit Recht, wo sich diese objektiven Gesichtspunkte Schloßmanns finden. Schloßmann verkennt, daß der Parteiwille nicht außer den übrigen Tatbestandsmomenten noch ein „über alles als eine unsichtbare Macht herrschendes Axiom" sondern selbst Tatbestandsmoment der Rechtswirkung ist.[2]) Wir können demgegenüber Binders[3]) Ausführungen beitreten, wonach der Parteiwille nicht die Kraft habe, die Rechtswirkung hervorzubringen, oder mit anderen Worten das Fehlen des Geschäfts- oder Erfolgswillens nicht den Eintritt der Rechtswirkung hindere. Aber er – der Parteiwille — habe die Kraft, den Geschäftstatbestand hervorzubringen, an den sich die Rechtswirkung knüpfe. Anders ausgedrückt, nur die Willenserklärung, nicht der Wille gehöre zum Geschäftstatbestande. Vor allem wird Schloßmanns Ansicht aber wieder durch den Umstand widerlegt, daß er an späterer Stelle[4]) als geltendes Recht den Satz formuliert: „Wer einen Vertrag schließt, wird von den rechtlichen Wirkungen selbst betroffen, es sei denn, daß er sie nicht in einer mit den Mitkontrahenten getroffenen Vereinbarung von sich abgelehnt hat."[5]) Alle seine — an dieser Stelle nur gestreiften — Angriffe des Willensdogmas richten sich doch in gleicher Weise gegen diesen von ihm aufgestellten Vertretungsbegriff. Hiermit glauben wir aber gezeigt zu haben, daß Schloßmann seine Lehre von der Einheitlichkeit des Vertretungsbegriffs nicht zu beweisen vermocht hat, und deshalb berechtigt zu sein, an der durch das geltende Recht gebotenen begrifflichen Trennung festzuhalten.

Die Abgrenzung der mittelbaren von der unmittelbaren Stellvertretung ist allerdings in einzelnen Fällen sehr schwierig. Oft wird nämlich schwer oder gar nicht

[1]) Enneccerus-Jäger 417 Anm. 1.
[2]) Vgl. Hellmann ZZP. 31, 352 und ausführlich Manigk 301 ff.
[3]) Binder KrVJSchr. 46, 361.
[4]) Schloßmann 2, 30 ff.
[5]) Vgl. Hellmann ZZP. 31, 353.

zu erkennen sein, worauf der Wille der Parteien eigentlich gerichtet war, ob der Vertretene oder der Vertreter aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet werden soll. Es kann zwar gesagt werden, daß in der Regel der Unterschied zwischen der einen und der anderen Vertragsart sich schon äußerlich dadurch dokumentiert, daß der mittelbare Vertreter den Namen des Interessenten nicht zu nennen braucht und auch nicht nennt, daß er den Vertrag ausschließlich auf seinen Namen stellt, während bei der direkten Stellvertretung der Vertrag auf den Namen des Vertretenen abgeschlossen werden muß. Immerhin kommt es aber nicht selten vor, daß der mittelbare Vertreter den Namen seines Auftraggebers z. B. der Komissionär den Komittenten nennt, sodaß also auch hier der Dritte, wie bei der direkten Stellvertretung weiß, wen schließlich die Wirkungen des Vertrages angehen werden.

In diesen Fällen haben wir aber genau so zu verfahren, wie wir es oben für die Fälle dargelegt haben, in denen die Stellvertretung von den Verträgen zu Gunsten Dritter abzugrenzen war. Maßgebend für das Vorliegen der einen oder anderen Geschäftsart ist allein die Willensentscheidung der vertragschließenden Parteien. Durch Auslegung müssen wir daher den Willen der Vertragschließenden ermitteln und als erste Auslegungsregel dient uns auch hier der Grundsatz, daß die Parteien stets das gewollt haben, was ihren Interessen am besten entspricht.[1])

Die Abgrenzung des Gegenstandes unserer Arbeit von den gleichen wirtschaftlichen Zielen zustrebenden, aber in der rechtlichen Konstruktion verschiedenen Instituten des Vertrages zu Gunsten Dritter und der mittelbaren Vertretung hat die Selbständigkeit des stellvertretenden Handelns klargestellt und uns den Begriff der Stellvertretung deutlich erkennen lassen. In der Beschränkung auf den Abschluß obligatorischer Verträge soll im folgenden des näheren untersucht werden, welches die Voraussetzungen des stellvertretenden Abschlusses dieser Verträge sind.

[1]) vgl. Rümelin ArchCivPr. 93, 145 u. 146.

§ 2.

Die besonderen Voraussetzungen des stellvertretenden Abschlusses von obligatorischen Verträgen bestimmen sich nicht nur durch die in dem vorhergehenden Paragraphen gezeichneten Merkmale der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften überhaupt, sondern auch durch die dem Wesen des Vertrags entsprechenden Erfordernisse.

Schon Ulpian definiert den Vertrag als pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus[1]), d. h.: Der Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, bei dem zur Herbeiführung eines gewollten Rechtserfolgs eine Willenseinigung zweier (oder mehrerer) Personen durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen - den sog. Antrag auf der einen Seite, die Annahme auf der anderen Seite — erfolgt.[2])

Der Abschluß eines Vertrags durch einen Vertreter erfordert daher nicht nur, daß der Vertreter die von ihm für das Zustandekommen des Vertrags erforderliche Erklärung (den Antrag) im Namen des Vertretenen abgibt, sondern auch, daß der andere Vertragsteil diesen Antrag als im Namen des Vertretenen gestellt annimmt. Mit anderen Worten: Der stellvertretende Abschluß eines Vertrages erfordert — entsprechend dem Wesen des Vertrags als einer Willenseinigung - eine vertragsmäßige Vereinbarung darüber, daß die vom objektiven Rechte an den Abschluß geknüpften Wirkungen für und gegen den Vertretenen, nicht für und gegen den Vertreter entstehen sollen.

Ein Vertrag kommt nur dann zustande, wenn die Parteien sich über alle Punkte verständigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll.[3]) Will daher der Vertreter, daß der von ihm vorgeschlagene oder ihm angetragene

[1]) l. 1 § 2 D. de pactis II, 14.
[2]) BGB. §§ 145 ff.
[3]) BGB. § 154 Abs. 1 Satz 1.

Vertrag im Namen des Vertretenen abgeschlossen werde, so muß er es nicht nur selbst erklären, sondern der Dritte muß auch damit einverstanden sein. Nur durch beiderseitige Einigung hierüber kann ein Vertrag vertretungsweise zum Abschluß kommen.

Das Bemerkenswerte bei dem stellvertretenden Abschlusse obligatorischer Verträge ist also, daß auch der andere Vertragsteil den Willen haben und erklären muß, daß der Vertrag auf den Namen des Vertretenen gestellt werde, während naturgemäß bei einseitigen Erklärungen die einseitige entsprechende Willensäußerung des Vertreters genügt.

Diese Besonderheit bei der Vertretung in Verträgen ist zwar schon oft bemerkt worden[1]), meist in der Form, daß der Vertretungswille oder die Richtung auf den Namen des Vertretenen zum Vertragsbestandteile erhoben sein müsse. Aber niemals ist versucht worden, aus dieser mehr beiläufigen Bemerkung die aus dem Wesen des Vertrags fließenden Schlußfolgerungen zu ziehen und von diesem Standpunkte aus die vielen Streitfragen unserer Lehre zu entscheiden. Dies soll im folgenden versucht werden und soll den Gegenstand der folgenden Erörterungen bilden. Denn unsere vorstehenden Ausführungen enthalten nicht bloß einen kurzen Rechtssatz, der die selbstverständliche Folge der im § 164 Abs. 1 BGB. ausgesprochenen Norm wäre, sondern sie bedeuten die Konstruktion des stellvertretenden Abschlusses obligatorischer Verträge und setzen uns in Stand, von dieser Auffassung aus eine einheitliche und konsequente Entwicklung unserer Lehre zu geben, und bei der Entscheidung streitiger Fragen streng auf dem Boden des Rechts zu bleiben, während die bisherige Literatur, wie wir noch sehen werden, oft zu wenig juristischen und strenger Prüfung kaum standhaltenden Begründungen die Zuflucht nehmen mußte, um zu zweckentsprechenden Resultaten zu gelangen.

[1]) vgl. z. B. Buchka 230, Motive 1, 225, Staub Exkurs zu § 58 Anm. 4, Manigk 328 ff. ROHG. 16, 356.

Zunächst können wir von hier aus bestimmen, wann ein Vertrag in fremdem Namen geschlossen ist. Die hierzu notwendige Vereinbarung zwischen dem Vertreter und dem Dritten kann ausdrücklich, sie kann aber auch stillschweigend erfolgen. Das ist mit Rücksicht auf die regelmäßige Formlosigkeit obligatorischer Verträge fast selbstverständlich, folgt aber auch aus dem § 164 BGB.

Diese Norm, soweit sie hier in Betracht kommt, bestimmt[1]: „Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll."

Diese besondere Hervorhebung und Umgrenzung der sonst sog. stillschweigenden Vereinbarung zwingt uns zu der Prüfung, was an sich vorliegen muß, damit den „Umständen" dieser Inhalt entnommen werden kann.

Jene Umstände können in allen denkbaren tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen begründet sein. In den Verkehrsgewohnheiten, den Vermögensverhältnissen, überhaupt der ganzen Interessenlage des Vertreters und Vertretenen. Insbesondere wird, wie Endemann[2] sagt, auch die Kenntnis des Dritten von einem Anstellungs- oder Auftragsverhältnisse (Kausalverhältnisse) entscheidend sein können. Wenn das von der Herrschaft beauftragte Dienstmädchen beim Kaufmanne etwas kauft und seinen Willen, für die Herrschaft zu handeln, nicht ausdrücklich erklärt, so können die Tatsachen, daß das Dienstmädchen als solches kenntlich ist oder daß es schon öfters bei dem Kaufmanne im Namen der Herrschaft gekauft hat, oder daß der Kaufmann weiß, daß es zu dem konkreten Geschäfte beauftragt ist, und dergleichen mehr allein oder in Verbindung miteinander die Umstände darstellen, aus denen hervorgeht, daß das Mädchen in fremdem Namen, nämlich

---

[1]) Ähnlich § 26 des GenossG. v. 1. Mai 1889 u. GmbhG. § 36, aHGB. Art. 52, 114, 230 PrVormOrdg. v. 5. Juli 1875 § 29.

[2]) Endemann 1, 394 Anm. 2.

für die Herrschaft, handeln will. Endemann[1]) bringt das Beispiel: „Die Köchin, die einen Hasen aussucht und bestellt, sagt: „„Jch kaufe diesen für fünf Mark““. Der Kaufmann, der ihre Stellung kennt, wird das selbstverständlich auf die Herrschaft beziehen. Anders wenn die Köchin einen Kamm kauft.“ In dem zweiten Falle nämlich würde ohne ausdrückliche dahin gehende Erklärung nicht aus den Umständen entnommen werden können, daß die Köchin etwa den Kamm für ihre Herrschaft kaufen will, denn für diesen Willen könnte aus der Tatsache, daß sie als Dienstbote zu erkennen ist, nichts gefolgert werden, vielmehr kann sie auch als solcher den Kamm ebensowohl für sich selbst erwerben wollen. Sie kann allerdings auch den Hasen für sich selbst kaufen wollen, aber dagegen spricht mangels ausdrücklicher Erklärung ihre dem Kaufmann erkennbare oder bekannte Stellung als Köchin, in der die stillschweigende Erklärung des Vertretungswillens zu finden ist.

Bei dem Kommis im Laden liegt die Tatsache der objektiven Erkennbarkeit seines Willens, für den Prinzipal zu kontrahieren, darin, daß es eben verkehrsüblich ist, daß das Personal im Laden den Chef vertritt. Natürlich auch außerhalb der Geschäftsräume kann der Kommis einen Vertrag für den Prinzipal ohne ausdrückliche Erklärung abschließen, sofern auch dann Kenntlichkeit der dies anzeigenden Umstände vorhanden ist, z. B. wenn seine Stellung als Handlungsbevollmächtigter dem Dritten bekannt ist und das Geschäft zu der seinem Wirkungskreise entsprechenden Art von Geschäften gehört. Wenn eine Person eine andere öfters bei gewissen Verträgen zu vertreten pflegt, so kann in diesem Umstande die Erkennbarkeit ihres Vertretungswillens liegen. Wir sehen, es gibt ungezählte Möglichkeiten, in denen mangels ausdrücklicher Erklärung der Wille, in fremdem Namen zu handeln, sich aus den Umständen ergibt.[2]) Wir müssen deshalb weiter

[1]) Endemann 1, 394 Anm. 12.

[2]) vgl. hierzu Planck zu § 164 Anm. 2, Enneccerus-Jäger 416.

untersuchen, für wen insbesondere die Umstände ergeben müssen, daß in fremdem Namen gehandelt werden soll, damit die Vertretungswirkung hervorgebracht werde. Aus den Worten des folgenden Absatzes: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht" hat man geschlossen, es genüge objektive Erkennbarkeit dieser Umstände, damit ein Vertrag in fremdem Namen geschlossen sei.[1]) Diese Folgerung ist eine Verkennung des Verhältnisses, in dem die Absätze 1 und 2 zu einander stehen, sowie des Sinns des Absatzes 2. „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor" kann an jener Stelle nichts weiter bedeuten, als daß überhaupt keine Vertretungserklärung des Vertreters vorhanden ist, weder eine ausdrückliche noch eine objektiv — d. h. für jedermann — aus den Umständen erkennbare (stillschweigende). Sehr deutlich tritt dies auch aus der Fassung des Absatzes 2 des § 116 im ersten Entwurf hervor, der dieser Stelle entspricht, wo nämlich gesagt wird: „Ist der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht kundgegeben". Irreführend ist es deshalb, wenn Leonhard[2]) sagt, der § 164 Abs. 2 bedeute „eine Ergänzung der unzulänglichen Bezeichnung des Geschäftsherrn bei Stellvertretungen". Vielmehr hat dieser Absatz nur den Sinn, daß in dem Falle, in dem trotz Vertretungswillens des Vertreters überhaupt keine Kundgebung dieses Willens vorhanden ist, eine besondere zu Gunsten des Dritten geschaffene — noch später zu besprechende — Rechtswirkung eintritt. Danach kann aber aus dem hier gebrauchten Worte „erkennbar" unmöglich ein Rückschluß auf den Abs. 1 Satz 2 dahin gezogen werden, daß dort bloße Erkennbarkeit des Vertretungswillens genüge und dies um so weniger, wenn man sich vergegenwärtigt, daß ja das Zustandekommen des Vertrags das Einverständnis des Gegners mit der Erklärung des Ver-

[1]) vgl. z. B. Fischer-Henle § 164 Anm. 6.

[2]) Leonhard; 364.

treters voraussetzt und damit auch, daß der Dritte den erklärten Vertretungswillen erkannt und verstanden hat.

§ 164 Abs. 1 hat demgemäß zur Voraussetzung, daß eine Vertragserklärung erfolgt, entweder eine ausdrückliche oder eine sich aus den Umständen ergebende. Damit ist nichts besonderes gesagt, denn daß ein Vertrag ausdrücklich wie stillschweigend zustande kommen kann, ergeben schon die allgemeinen Regeln des geltenden Rechts.[1]) Übrigens wird es für diesen Fall auch noch namentlich in den Motiven[2]) betont, wo ausgesprochen wird: „Zu dem rechtsgeschäftlichen Handeln in Vertretung gehört, daß der Vertretungswille kundgegeben ist, die Kundgebung bildet einen wesentlichen Bestandteil des in Vertretung vorgenommenen Rechtsgeschäftes: sie ergibt den Träger der durch dasselbe zu schaffenden Rechte und Verpflichtungen. Wie jede Willenserklärung, so kann auch diese Kundgebung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen".

Daß mangels ausdrücklicher Erklärung die Umstände den Willen des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, zum mindesten objektiv erkennbar machen, ist somit notwendig, damit überhaupt eine Erklärung vorhanden ist. Damit ist aber nichts weniger gesagt, als daß die objektive Erkennbarkeit dieser Umstände genüge, um die Vertragswirkung für den Vertretenen hervorzubringen. Bei Zitelmann[3]) findet sich die Ansicht am unumwundensten ausgesprochen, daß, falls die Umstände objektiv erkennbar waren, der Vertrag gegen den Dritten im Namen des Vertretenen als geschlossen gelte, auch wenn der Dritte den Inhalt dieser Umstände nicht erkannt hat.

[1]) So auch Kuhlenbeck § 164 Anm. 2.

[2]) Motive 1, 225.

[3]) Zitelmann Rechtsgeschäfte 2, 83. Seine für §§ 115, 116 des 1. Entw. (jetzt 164) vorgeschlagene Neufassung lautet daher: „Wenn jemand eine Willenserklärung in kenntlicher Weise im Namen eines andern abgibt oder entgegen nimmt (Stellvertretung) und dabei Vertretungsmacht wirklich hat, so treten die Rechtswirkungen der Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen ein."

Die herrschende Meinung [1]) teilt im allgemeinen diese Auffassung. Daß sie aber der logischen Folgerung aus der Tatsache, daß ein Vertrag durch Willenseinigung der Vertragschließenden zustande kommt, widerspricht, ist bereits von Schloßmann [2]) erkannt. Ihm ist beizupflichten, wenn er den Standpunkt vertritt, daß im Sinne der herrschenden Lehre ein Vertrag dahin, daß die Wirkungen in der Person des Vertretenen zustande kommen, nur abgeschlossen werden kann, wenn die Vertragschließenden, der Vertreter und der Dritte, darüber sich einigen, d. h., daß, wenn die Umstände, daß in fremdem Namen gehandelt werden soll, erkennbar sind, sie von dem Dritten auch erkannt sein müssen. Schloßmann verwendet den Widerspruch, der zwischen dieser notwendigen Folgerung aus dem Erfordernisse des Willensdogmas besteht und der scheinbar entgegenstehenden Praxis der Gerichte beziehungsweise der inkonsequenten Auffassung in der Theorie, daß objektive Erkennbarkeit genüge, dazu, um im Sinne seiner oben schon behandelten Lehren die Unhaltbarkeit des Willensdogmas nachzuweisen. Wir dagegen stehen auf dem noch zu beweisenden Standpunkte, daß wir zu billigen Ergebnissen kommen, wenn wir einerseits das durch Gesetz gebotene und von uns als richtig erkannte Erfordernis, daß ein Vertrag mit Wirkung für den Vertretenen nur durch Vereinbarung der Kontrahenten geschlossen werden kann, beibehalten, andererseits vor der als richtig erkannten Folgerung, daß nicht Erkennbarkeit der den Vertragswillen anzeigenden Umstände genügt, sondern der Dritte sie gerade erkannt haben muß, nicht zurückscheuen. Besonders klar wird die Tatsache, daß dem Dritten die Umstände bekannt gewesen sein müssen, durch die Fassung der entsprechenden Stelle des ersten Entwurfs [3]) ausgedrückt: „. . . . . oder ob die Umstände ergeben, daß dasselbe nach dem Willen

[1]) Matthias 1, 213, Dernburg 1, 490, Rehbein 1, 253, Cosack 1, 231, Eck-Leonhard 2, 78, Planck zu § 164, Staudinger-Löwenfeld zu § 164 u. a. m.

[2]) Schloßmann, insbesondere 1, 147 ff, 185 ff, 225 ff und 296 ff.

[3]) § 116 Abs. 1 Satz 2 des 1. Entw.

der Handelnden im Namen des Vertretenen vorgenommen werden sollte".

Von einem besonderen „Offenheitsprinzip"[1]) bei der Vertretung zu reden ist hiernach, wenigstens in den hier behandelten Fällen, der Vertretung bei obligatorischen Verträgen nichtssagend. Denn dieses „Offenheitsprinzip" gilt in der ganzen Lehre vom Vertragsschlusse. Überhaupt erscheint uns der zweite Satz des ersten Absatzes des § 164 unnötig: Ohne ihn würden wir folgerichtig zu dem gleichen Ergebnisse kommen müssen und würden andererseits vor den eben gekennzeichneten irrtümlichen Auffassungen bewahrt geblieben sein. Fehlt es an einer ausdrücklichen Erklärung, so wird der Vertretene in dem Falle aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet, wenn kein Zweifel obwaltet, daß die Umstände, aus denen der Wille des Vertreters in fremdem Namen zu handeln, zu erkennen war, von dem Gegenkontrahenten auch erkannt sind. So wird die Herrschaft aus dem Kaufe berechtigt und verpflichtet, den das von ihr beauftragte und von dem Kaufmanne als solches erkannte Dienstmädchen für sie vorgenommen hat, ohne daß die Herrschaft bei dem Kaufe überhaupt erwähnt zu werden braucht. Da das Mädchen seinen Vertretungswillen durch die dies anzeigenden Umstände kundgegeben hat und der Kaufmann ihn erkannt hat, ist zwischen beiden stillschweigend Willenseinigung erfolgt.

Ebenso ist es in den Fällen mit alternativer Bestimmung des Geschäftsherrn.[2]) Wird der Vertrag so abgeschlossen, daß nach dem Willen des Vertreters A oder B oder A und der Vertreter selbst Geschäftsherr sein sollen, so ist für uns nicht zweifelhaft, daß, wenn dieser Wille aus den Umständen erkennbar war und vom Mitkontrahenten erkannt ist, die Vertragswirkung in der Person des A oder des B oder des Vertreters selbst eingetreten ist. Denn die Einigung hierüber ist erfolgt, stillschweigend eine ausdrückliche Erklärung bedürfte überhaupt keiner

[1]) Leonhard 365, Rümelin ArchCivPrax. 93, 132.

[2]) vgl. Leonhard 366, Planck zu § 164 Anm. 2, Enneccerus-Jäger 1, 416.

Erwähnung – und durch Einigung kann auch z. B. die Konzentration auf einen Geschäftsherrn dem Vertreter überlassen bleiben.[1])

Auch Rümelin[2] bespricht noch besonders die Fälle, daß zwar eine alieno nomine agere aus dem Verhalten des Geschäftsmittlers ersichtlich ist, daß aber nicht erkennbar wird, für wen speziell das Geschäft wirken soll. Er gibt folgenden Fall aus der württembergischen Praxis: „Ein vollständig vermögensloser sogenannter Agent zog auf den Märkten umher und verkaufte Schweine für verschiedene Bauern, die ihn mit diesem Geschäfte betrauten. Wo er auftrat, kannten die Käufer seine Stellung genau, würden sich mit ihm selbst niemals in Geschäftsbeziehungen eingelassen haben. Trotzdem kam es wiederholt vor, daß er bei Barabschlüssen den Namen des Bauern, dem gerade dieses Schwein gehörte und für den er daher abschließen wollte, nicht nannte, vielleicht ihn momentan nicht einmal wußte. Der Gegner verzichtete auf die Nennung, weil er bei den engen Verhältnissen damit rechnen konnte, im Falle irgend eines Anstandes werde der Verkäufer bald genug ausfindig zu machen sein".

Hier liegt Erkennbarkeit vor und Kenntnis des Gegners, der auf die Nennung des Namens verzichtete, demnach ist immer der durch den Agenten vertretene jeweilige Eigentümer des verkauften Schweines Vertragsgegner, genau so als wenn ein so gearteter Vertrag durch ausdrückliche Erklärung und Vereinbarung zustande gekommen wäre. Daß derartige Fälle auch streitig werden können, möge noch ein Striethorst's Archiv[3]) entnommenes Beispiel zeigen: A hatte den B beauftragt, ein Pferd zu verkaufen. B macht bekannt, daß er das Pferd des A zu verkaufen habe. C kauft das Pferd und erhielt es auf dem Hofe des A übergeben. In dem schriftlichen Kaufvertrage wurde B als Verkäufer bezeichnet. Als C gegen B aber redhibitorisch

[1]) Leonhard 366.
[2]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 199.
[3]) Striethorst's Archiv 24, 31.

klagte, wurde die Klage mit Recht abgewiesen, nachdem festgestellt war, daß dem C der Sachverhalt bekannt war. Denn daraus folgerte das Gericht, daß trotz der Bezeichnung des B als Verkäufer im Kaufvertrage nach dem Willen des B und C B nur als Vertreter des A gehandelt hatte, demnach im Sinne unserer Ausführungen über den stellvertretenden Abschluß des Kaufvertrages volles Einverständnis unter den Kontrahenten geherrscht hatte.[1])

§ 3.

Hat der Dritte den offengelegten Willen des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkannt, so ist in konsequenter Durchführung unserer Konstruktion Dissens anzunehmen, genau so, wie wenn zwei Parteien sich über einen Punkt nicht geeinigt haben, über den sie sich haben einigen wollen.[2]) Ohne daß es den Vertragschließenden bewußt geworden ist, sind ihre Willenserklärungen aneinander vorübergegangen und haben sich nicht in einer Willensübereinstimmung verbinden können. Diese notwendige Konsequenz der richtigen Auffassung über das Zustandekommen eines vertretungsweise abzuschließenden Vertrags hat in der bisherigen Literatur, soweit wir zu sehen vermögen, nur Schloßmann[3]) vollkommen richtig gezogen. Zur Veranschaulichung der Rechtslage müssen wir uns wieder folgenden Fall vorstellen:

Ein Dienstmädchen ist von seiner Herrschaft beauftragt, beim Kaufmanne eine Flasche Wein zu kaufen. Es ist nach seinem Äußeren, nach Kleidung u. s. w. als Dienstmädchen zu erkennen und will nicht für sich, sondern für seine Herrschaft kaufen. Es verlangt ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Namen seiner Herrschaft eine Flasche Wein. Der Kaufmann ist der Ansicht, das Mädchen wolle den Wein für sich kaufen, und würde auch — das müssen

[1]) Genau so liegt der Fall in SeuffA. 32 No. 10.
[2]) BGB. § 154.
[3]) Schloßmann 1, 111 u. 2, 345.

wir zunächst einmal unterstellen – an die Herrschaft, die ihm als schlechte Zahlerin bekannt ist oder mit der er aus sonstigen Gründen keine Geschäfte mehr abzuschließen gesonnen ist, den Wein nicht verkaufen, er gibt dem Dienstmädchen die Flasche und dieses zahlt sofort mit dem ihm von der Herrschaft mitgegebenen Gelde.

In diesem Falle müßte nun nach der oben besprochenen herrschenden Ansicht von Zitelmann[1]) die Herrschaft aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet worden seien, da ja objektive Erkennbarkeit der Umstände, daß in fremdem Namen gehandelt werden soll, vorlag. Nach unserer Meinung dagegen ist überhaupt kein Vertrag zustande gekommen. Vielmehr liegt ein s. g. versteckter Dissens vor.

Zunächst ist hier aufs nachdrücklichste zu betonen, daß das Nichterkennen der Dienstboteneigenschaft seines Mitkontrahenten auf Seiten des Kaufmanns nicht als Irrtum aufzufassen ist, wenigstens nicht als Irrtum im Sinne des § 119 BGB., der Anfechtbarkeit begründen könnte. Dies ist hauptsächlich deshalb wichtig, weil besonders in den später noch zu besprechenden Entscheidungen der höchsten Gerichte in den Fällen, in denen es für den Dritten ohne Interesse ist, wer sein Gegenkontrahent war, immer von — unwesentlichem — Irrtume über die Person des Mitkontrahenten die Rede ist. Dort wie hier ist der s. g. Irrtum über die Person des Vertragsgegners ein unechter Irrtum,[2]) ein Dissens. Irrtum läge vor, wenn nur eine Person in Frage käme und auf Seiten des Irrenden selbst eine Differenz zwischen seinem Willen und seiner Erklärung bezüglich dieser Person bestände. Hier dagegen haben die

[1]) vgl. S. 28. Auch Dernburg 1, 490: „Nicht schlechthin erforderlich ist, daß ein bestimmter Dritter als Vertreter bezeichnet wurde oder sonst dem andern Teile erkennbar war. Es genügt z. B., daß man für den Inhaber eines gewissen Geschäftes auftrat, auch wenn der andere Teil von der Person dieses Inhabers keine Kenntnis hat, von seinem Namen nichts weiß, ja über die Person desselben im Irrtume ist. Die Rechtswirkung tritt also für und gegen den wahren Prinzipal ein, wenn nur erkennbar war, daß „in fremdem Namen“ gehandelt werden solle.

[2]) vgl. Kuhlenbeck 1, 124.

Vertragschließenden zwei verschiedene Personen im Auge, der Dritte den Vertreter und der Vertreter den Vertretenen. Das Mißverständnis entsteht nicht beim Irrenden, sondern auf der Gegenseite. Denn diese richtet ihre rechtsgeschäftliche Erklärung an die Person des Vertreters als im eigenen Namen Handelnden, der Vertreter aber gibt seine Erklärung im Namen eines anderen ab. Das Mißverständnis der Kontrahenten besteht daher über die Person des einen Vertragsteils, nicht über eine bloße Eigenschaft des von beiden Seiten etwa übereinstimmend angenommenen Gegenkontrahenten. Dies leuchtet ein, wenn man sich den Tatbestand unseres Falles richtig vergegenwärtigt. Jede Partei hat nämlich eine völlig mangelfreie Erklärung abgegeben, sie hat erklärt, was sie wollte. Das Mädchen sagte etwa: „Ich möchte eine Flasche von dem und dem Wein", überzeugt, daß diese Erklärung in Verbindung mit seiner Erkennbarkeit als Dienstboten nicht anders als seinem Willen entsprechend auf seine Herrschaft bezogen werden kann, der Kaufmann antwortete: „Hier haben Sie den Wein", vollkommen im Einklange mit seinem Willen, mit dem Dienstmädchen als Selbstkontrahentin das Geschäft abzuschließen. Jeder hat daher sowohl erkannt, daß er eine Erklärung des betreffenden Inhalts abgibt, als er auch den Inhalt seiner Erklärung richtig aufgefaßt hat. Zusammen ergeben die beiden Erklärungen den Schein der Übereinstimmung, da die Parteien infolge wechselseitigen Mißverständnisses derselben einig zu sein wähnten: in Wirklichkeit gehen sie aber auseinander, ohne daß die Parteien sich dessen bewußt wurden.[1]) Die Folge ist, daß ein Vertrag nicht zustande kam, daß daher der Kaufmann die Flasche Wein vindizieren und die Herrschaft sowohl wie das Dienstmädchen Herausgabe des Kaufpreises verlangen können. War der Wein bei der Übergabe durch das Dienstmädchen an die Herrschaft verdorben, so kann diese nicht den Kauf-

[1]) vgl. über den Unterschied von verstecktem Dissense und Irrtume statt aller anderen die klaren Ausführungen des RG. v. 16. 2. 06 in der JW. 1906, 190 u. 191.

mann mit den aedilizischen Rechtsmitteln in Anspruch nehmen, ebenso wenig kann es das Dienstmädchen.

Genau so ist die Rechtslage in den Fällen, in dem der Wille des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, offenkundig ist, der Dritte aber nicht erkannt hat, ob der Vertreter für den X oder den Y handeln wollte. Hier fehlt es ebenfalls an der zu einem Vertragsschlusse notwendigen Einigung über die Person des Vertretenen als des Vertragsgegners.

Wenn jemand mit dem ihm persönlich als kreditwürdig bekannten A ein Geschäft abschließt im Glauben, dieser sei Inhaber der Firma, während er nur deren Angestellter, der wahre Inhaber aber ein insolventer Mann ist, so ist, vorausgesetzt, daß die Umstände, daß A für den Inhaber von B handeln wollte, erkennbar waren, das Geschäft wegen Dissenses ungültig, oder richtiger ausgedrückt, ein Geschäft, das mangels Einigung über einen, nach der Erklärung einer Partei wesentlichen, Punkt garnicht zustande kommt.[1]) Es liegt ein negotium nullum im eigentlichen Wortsinne vor.

An einen derartigen Tatbestand können sich daher in der Regel die Wirkungen eines tatsächlich perfekt gewordenen Vertrages naturgemäß nicht knüpfen. Aber diese Konsequenz der mangelnden Einigung über einen wesentlichen Punkt (§ 154 BGB.) braucht doch nicht stets gezogen zu werden. Das bürgerliche Gesetzbuch eröffnet die Möglichkeit, einen solchen Tatbestand als wirksamen Vertrag zu behandeln, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Vereinbarung über diesen einen Punkt zustande gekommen sein würde.[2]) Liegt diese Voraussetzung vor, d. h. kann man unter Würdigung aller Umstände feststellen, daß die Parteien sich doch geeinigt hätten, wenn das Verlangen des einen Teils nach Verständigung über diesen besonderen Vertragsbestandteil bei dem Gegenkontrahenten nicht auf

[1]) § 154 BGB.
[2]) § 155 BGB.

unüberwindbaren Widerstand gestoßen wäre, so gilt das tatsächlich Vereinbarte als perfekter Vertrag. Daß über jenen Punkt keine Einigung erfolgt ist, bleibt also außer Betracht. Die Anwendung dieses Rechtssatzes auf den stellvertretenden Abschluß obligatorischer Verträge erzielt die Konsequenz, daß der Vertrag dann so behandelt wird, als hätte der Vertreter, der nur in fremdem Namen hat handeln wollen und das erklärt hat, das Verlangen, den Vertrag auf fremden Namen zu stellen, nicht erhoben: der Vertrag ist im eigenen Namen geschlossen. Diese Rechtsfolge mag der nachstehende Fall vergegenwärtigen:

Von zwei kunstliebenden Freunden beauftragt der X den Y einen wertvollen Kunstgegenstand für ihn zu erwerben. Beim Abschlusse des Geschäftes treten die Umstände, daß Y im Namen des X handeln will, erkennbar hervor, möglicherweise hat Y sogar dem Kunsthändler gesagt, daß er im Namen des X handle und jener diese Tatsache im Laufe der Kaufverhandlungen wieder vergessen. Jedenfalls ist der Verkäufer, als der Kauf zwischen ihm und Y abgeschlossen wird, des Glaubens, Y, der ihm auch persönlich bekannt ist, kaufe für sich. An X, der ihm als nicht kreditfähig bekannt ist, würde der Kunsthändler den Gegenstand niemals verkauft haben. Da ihn der Kauf später gereut, beruft der Kunsthändler sich, nachdem ihm bekannt geworden ist, daß Y die Kauferklärung im Namen des X abgegeben hat und abgeben wollte, darauf, daß der Vertrag wegen mangelnder Einigung über die Person des Vertragsgegners nicht perfekt geworden sei. Dies ist nach dem eben Ausgeführten zunächst zweifellos richtig. Gleichwohl wird es den Freunden, die sich das Kunstobjekt unter keinen Umständen hätten entgehen lassen wollen, möglich sein, den Vertrag aufrecht zu erhalten und zwar als einen Vertrag zwischen dem Händler und Y. Denn hier ist die Bestimmung des § 155 anzuwenden. Obwohl bei dem Vertrage, den sie als geschlossen ansahen, die Parteien sich über einen Punkt, nämlich darüber, daß der Vertrag durch Y als Vertreter des X und nicht im eigenen

Namen abgeschlossen sein solle, nicht geeinigt haben, gilt das Vereinbarte, da anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde. Dieses ist deshalb anzunehmen, da Y, wenn er gesehen hätte, daß der Kunsthändler nicht mit X kontrahieren wollte, ohne weiteres den Kauf im eigenen Namen abgeschlossen haben würde. Unter keinen Umständen hätte Y sich deswegen, weil er als Selbstkontrahent in Anspruch genommen werden sollte, den Gegenstand entgehen lassen. Auch die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung des Preises hätte ihn von dem Vertragsschlusse nicht zurückhalten können. Würden diese Tatsachen in einem Prozesse als vorliegend angenommen werden, so wäre durch direkte Anwendung des § 155 BGB. zu entscheiden, daß der Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Vertreter zustande gekommen wäre. Auf die Möglichkeit solcher Fälle und ihrer Entscheidung in unserem Sinne hat auch schon Schloßmann[1]) hingewiesen, der allerdings bemerkt, daß in der Regel nicht anzunehmen sein wird, daß der Vertreter den Vertrag auch ohne Ausschließung seiner Haftung geschlossen haben würde. Es wird dabei natürlich immer auf die konkrete Lage des Falles ankommen. Und auch Schloßmann will nicht leugnen, daß im einzelnen Falle für die Anwendung des § 155 BGB. Raum sein kann.

Wie ist es aber, wenn in unserem Falle einerseits Y nie im eigenen Namen hätte handeln wollen und können, es aber andererseits dem Kunsthändler gleichgültig gewesen wäre, ob er mit Y oder X kontrahierte? Oder wenn in dem Falle mit dem Dienstmädchen der Kaufmann kein Interesse daran hatte, ob dieses für sich oder für die Herrschaft kaufte? Führt in diesen Fällen die Annahme, daß Dissens vorliegt, nicht zu den unbilligsten Konsequenzen, da die unmittelbare Anwendung des § 155 nicht möglich ist?

Der Erörterung so gelagerter Fälle dient die folgende Ausführung des § 4.

---

[1]) Schloßmann 2, 345.

§ 4.

Bei den nunmehr zu behandelnden Fällen dieser Art, in denen die Umstände, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen handeln will, objektiv erkennbar sind, der Dritte sie aber nicht erkannt hat, und der Dritte an sich kein Interesse daran hat, ob der Vertreter oder der Vertretene sein Geschäftsgegner ist, sind wir an dem Punkte angelangt, an dem das Erfordernis der nach unserer Meinung vom Gesetze verlangten positiven Kenntnis des Dritten von der Vertretereigenschaft dessen vermag, mit dem er kontrahiert, zu den unbilligsten Konsequenzen zu führen scheint. Nach dem von uns bisher Ausgeführten kann dieses Erfordernis von uns nicht aufgegeben werden, wenn anders wir nicht zugleich leugnen wollen, daß ein Vertrag durch Einigung zustande kommt. Andererseits leuchtet ein, daß es dem Rechtsgefühle nicht entspricht, wenn wir Verträge der hier fraglichen Art für ungültig erklären müssen.

Diese Konsequenz der Willenstheorie ist, wie schon gesagt,[1]) von Schloßmann erkannt worden, und er hat mit vollem Rechte den Widerspruch zwischen ihr und der Praxis der höchsten Gerichte festgestellt, die trotz fehlender Einigung stets einen Vertragsschluß im Namen des Vertretenen angenommen haben. Unseres Erachtens ist seinen Kritikern[2]) auch nicht gelungen, ihn hier zu widerlegen.

Nehmen wir z. B. die von Schloßmann[3]) zitierte Reichsgerichtsentscheidung vom 7. Januar 1893[4]):

„Der Verklagte und Anton F betrieben unter der Firma A. F. in offener Handelsgesellschaft ein Herrengarderobegeschäft, für welches die Klägerin auf Bestellung des vertretungsberechtigten Anton F. während des Bestehens der Gesellschaft Waren geliefert hat. Der nach Auflösung

[1]) S. 29.

[2]) vgl. Hellmann ZZP. 31, 353.

[3]) Schloßmann 1, 190.

[4]) RG. 30, 23. u. SeuffA. 49 No. 82. Sie paßt auch für das heutige Recht. Vgl. Rehbein 1, 253.

der Gesellschaft gegen den Verklagten auf Zahlung erhobenen Klage setzte der Verklagte entgegen, daß die Klägerin von dem Bestehen der offenen Handelsgesellschaft keine Kenntnis gehabt habe.

Das Reichsgericht hielt mit dem ersten Richter den Klageanspruch für begründet. Es nahm an, daß derjenige, der mit einem Kaufmanne kontrahiert, von dem er nicht weiß, ob er ein Geschäft für eigene Rechnung oder als Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft betreibt, ganz allgemein den Willen habe, mit demjenigen zu kontrahieren, der in Wirklichkeit Inhaber des Geschäfts ist, sei es nun der Gegenkontrahent selbst oder die von diesem vertretene offene Handelsgesellschaft".

Den Widerspruch, den Schloßmann[1]) in der Begründug dieser Entscheidung mit dem Erfordernisse der Willensübereinstimmung bei dem Vertrage sieht, leugnet Manigk[2]) in folgender Darlegung:

„Im Handelsverkehre soll es nicht erforderlich sein, daß der direkte Vertreter seine Stellung als solcher immer betont. Dem Dritten ist es hier gleichgültig, ob der Gegenkontrahent Geschäftsinhaber oder ein Angestellter ist. Jeder Dritte will mit der Firma kontrahieren. Er weiß, daß er sich mit den Ansprüchen, die aus allen mit dem Inhaber oder dessen Vertretern geschlossenen Geschäften hervorgehen, stets an die Firma d. h. den Inhaber des Handelsgeschäfts halten kann. Dem Dritten kommt es, wie bereits oben allgemein entwickelt wurde, überhaupt nur darauf an, zu wissen, gegen wen er Ansprüche erwirbt. Eben daher ist im allgemeinen nötig, daß der direkte Vertreter, sofern er als solcher dem Dritten nicht erkenntlich ist, seine Stellung offenbart und denjenigen namhaft macht, der Geschäftspartei sein soll — mit anderen Worten, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt. Wo jedoch jeder Dritte weiß, wer seine Gegenpartei ist, insbesondere dann, wenn er mit einem Kaufmanne

[1]) Schloßmann 1, 190ff.

[2]) Manigk 334ff.

oder einer Handelsfirma kontrahiert, dort erübrigt es sich, daß der eventuelle Vertreter seine Stellung als solcher angibt u. s. f.“

Diese Ausführungen sind an sich vollkommen zutreffend, nur vermögen sie nicht die eine Tatsache, auf die es hier einzig ankommt, zu widerlegen, nämlich daß im konkreten Falle die Klägerin von dem Bestehen der offenen Handelsgesellschaft — mit anderen Worten der Dritte von der Vertretereigenschaft des Vertreters — nichts gewußt hat. Bedeutsam sind die von Manigk aufgeführten Tatsachen gleichwohl für das Rechtsgeschäft: aus ihnen erhellt nämlich, daß die Umstände in fremdem Namen zu handeln erkennbar hervorgetreten sind. Er selbst hebt dies auch richtig hervor, wenn er weiter ausführt[1]), bei Handelsgeschäften ergeben es allemal — „allemal“ trifft unseres Erachtens doch wohl nicht zu! — die Umstände, daß ein Geschäft „im Namen des Vertretenen“, nämlich im Namen des Geschäftsinhabers geschlossen sein soll. Fehlen diese Umstände, kontrahiere ein Dritter z. B. mit einem bloß Angestellten außerhalb des Geschäftslokals, und ohne daß dieser irgend ein äußeres Zeichen für das Angestelltsein bei der Firma an sich trage, ohne daß er das letztere auch ausdrücklich angebe, so ändere sich die Sachlage sofort, und der Angestellte würde direkt berechtigt und verpflichtet werden.

Diesen Darlegungen ist durchaus beizupflichten, doch vermögen sie, wie gesagt, nicht den Schloßmannschen Einwand zu entkräften.[2])

Die Schloßmannsche Lehre selbst vermag nun allerdings auch nicht zu einer befriedigenden Lösung dieser Fälle zu führen. Denn abgesehen davon, daß wir seine Kritik an den Grundbegriffen der herrschenden Lehre, soweit sie zu berücksichtigen war, nicht als berechtigt anerkennen konnten, stehen wir auch von dem Standpunkte der neuen Gesichtspunkte aus, die Schloßmann in seinem zweiten

[1]) Manigk 335.

[2]) Dasselbe trifft auch auf Binders Ausführungen KrVJSchr. 46, 364 zu.

Bande für die Lehre von der Stellvertretung gibt, den hier in Frage kommenden Fällen, gerade so gegenüber wie vom Standpunkte der bisherigen Doktrin[1]): Denn da wir nur die wenigsten der in dieser Art gestalteten Fälle unter die von ihm statuierten Kategorien mit normativ bestimmter unmittelbaren oder mittelbaren Vertretungswirkung[2]) bringen können, werden wir sie bei den Vertretungsverhältnissen ohne normative Regelung unterbringen müssen. Für diese gibt er aber die Regel[3]): „Wer einen Vertrag schließt, wird von den rechtlichen Wirkungen selbst betroffen, es sei denn, daß er sie nicht in einer mit den Mitkontrahenten getroffenen Vereinbarung von sich abgelehnt hat". Da dieser Satz aber, wie wir oben[4]) gezeigt haben, nichts anderes als den Grundsatz der herrschenden Lehre in negativer Form besagt, so werden wir durch ihn um nichts weiter gebracht, da bei den hier fraglichen Fällen eine derartige die Haftung ausschließende Vereinbarung zweifellos nicht getroffen ist.

Besonders beachtenswert sind auch noch die Darlegungen Leonhards und Rümelins[5]), der sich zum Teil an jenen anschließt, weil sie auch auf die hier in Frage kommenden Fälle führen.

Leonhard[6]) geht von der Zulässigkeit der mit einem Vertreter unter alternativer Bestimmung des Geschäftsherrn abgeschlossenen Geschäfte aus und sagt dann weiter, wie ein Vertreter alternativ den A oder B als Geschäftsherrn

---

[1]) vgl. Hellmann ZZP. 31, 353.

[2]) Schloßmann 2, 308 ff.

[3]) Schloßmann 2, 330 f. vgl. auch oben S. 13 u. 21.

[4]) S. 13.

[5]) Leonhard 364 ff, RümelinArchCivPrax. 93, 132 ff.; es ist zu beachten, daß Leonhard und Rümelin zu den im Texte wiedergegebenen Darlegungen an sich unter dem Gesichtspunkte der Frage nach der Anwendbarkeit des § 164 Abs. 2 kommen. Bei uns bleibt § 164 Abs. 2 zunächst überhaupt außer Frage und wird erst später zu behandeln sein, weil wir hier lediglich von Fällen reden, in denen Erkennbarkeit des Vertretungswillens vorhanden ist.

[6]) Leonhard 336, vgl. auch oben S. 30.

bezeichnen könne mit dem Vorbehalte, das Geschäft auf einen der beiden konzentrieren zu dürfen, so könne er auch bestimmen, daß er selbst dabei die Rolle des A oder B übernehme. Wo dies ausdrücklich erklärt sei, gelte es unzweifelhaft. Wo aber nur die Verkehrssitte das Geäußerte in diesem Sinne deute, müsse es ebenfalls gelten. Namentlich liege keine Veranlassung vor, es einem Vertreter zu verweigern, ein Geschäft so abzuschließen, daß er es durch seine Bestimmung entweder auf sich oder auf einen vorhandenen Herrn, der aber nicht seinem Namen nach bezeichnet sei, konzentrieren werde. Die Absicht im Falle einer späteren dahingehenden Entscheidung für den unbekannten Herrn zu kontrahieren, trete hier klar hervor und § 164 Abs. 2 sei hier unanwendbar, weil der Wille, möglicherweise für einen andern zu handeln, aus den Umständen erhelle. So namentlich bei den zahllosen Verkäufen in Läden gegen Barzahlung, bei denen der Kaufmann die Frage, ob der erwerbende Dienstbote für sich oder seinen Herrn gehandelt habe, lediglich dem Dienstboten zur Entscheidung überlasse, weil ihm beides ganz gleichgültig sei.

Rümelin[1]) geht ebenfalls von den Fällen der Alternativität aus, und entwickelt dann weiter, diese Fälle ließen sich ausdehnen auf solche, in denen die Alternativität zu völliger Unbestimmtheit gesteigert werde. Er meint[2]), Vertretungen noch unbestimmter Personen seien möglich, denn das „in fremdem Namen handeln“ bedeute nicht die Bezeichnung einer bestimmten Person. Jedenfalls sei gegen eine Wahl aus bestimmten Personen, die den Mittelspersonen schon Vollmacht gegeben hätten, nichts Stichhaltiges einzuwenden. Diesen Fällen stellt er die Gruppe von Fällen gegenüber[3]), bei denen der Geschäftsherr nur objektiv bestimmt werde, insbesondere auch die, in denen der Vertreter, im Moment des Vertragsschlusses nicht klar darüber sei, wen er vertrete. Überall lasse sich hier ein

[1]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 219 ff.
[2]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 220 ff.
[3]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 223.

Handeln in fremdem Namen nachweisen, es sei erklärt, daß möglicherweise in fremdem Namen gehandelt werde[1]). Bedenken könnten bei den Fällen auftauchen, in denen ein entsprechender Wille aus den Umständen entnommen werden müsse. Die Kernfrage sei hierbei, wo sich ein derartiges unbestimmtes Kontrahieren unter Offenlassen des alieno nomine agere annehmen lasse.[2]) Er kommt zu dem Ergebnisse, daß es möglich sei, für eine ganze Reihe obligationenrechtlicher Fälle jenen animus incertus des Gegners im Sinne der Erklärung, daß es ihm gleichgültig sei, ob der gegenüberstehende Vertreter oder ein Vertretener berechtigt oder verpflichtet werde, durch Auslegung festzustellen. So z. B. für den Fall des Warenkaufs im Laden, ganz besonders auch bei denen mit möglicherweise minderjährigen Personen, wie Studenten, Schülern u. s. w. abgeschlossenen Verträgen, desgleichen, wenn jemand ein Geschäft mit einer Person abschließe, von der er nicht wisse, ob sie Inhaber des Geschäfts oder Angestellter sei, er aber erkennbar jedenfalls mit dem Inhaber des Geschäfts kontrahieren wolle.

Unseres Erachtens ist durch diese Darlegungen die Frage, wie im Einklange mit dem Gesetze bei den hier fraglichen Vertragsabschlüssen Vertretungswirkung angenommen werden kann, nicht gelöst. In den Fällen, von denen Leonhard und Rümelin ausgehen, tragen wir kein Bedenken, anzunehmen, daß der Vertretene berechtigt und verpflichtet ist, selbst wenn (Rümelin) er seiner Person nach völlig unbestimmt gelassen ist. Denn hier ist ja ausdrücklich erklärt, daß im Namen eines anderen, möglicherweise noch Unbestimmten, gehandelt werden soll, und wenn der Gegenkontrahent sich darauf einläßt, ist auf dieser Basis eine Einigung und damit der Vertrag mit Vertreterwirkung für den eventuell noch Unbestimmten beschlossen. Daß die Zulässigkeit solcher unbestimmt abgeschlossenen Verträge dem Wesen der Stellvertretung

[1]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 224.
[2]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 227.

nicht widerspricht, ist Rümelin zuzugeben, wenn auch an dieser Stelle auf die Streitfragen über die Vertretungen noch unbestimmter Personen nicht eingegangen werden kann. Dagegen können wir in den Fällen, in denen das Unbestimmtlassen des Vertretenen sich aus den Umständen ergibt, den Ausführungen der beiden Schriftsteller nicht zustimmen, wenn sie nun bewiesen zu haben glauben, daß auch hier ohne weiteres die Verträge im Namen des Vertretenen abgeschlossen werden. Denn dieses kann nicht, wie Leonhard sagt, aus der Verkehrssitte gefolgert werden. Ist dieser Wille trotzdem nicht erkannt, — und nur um die Entscheidung solcher Fälle handelt es sich hier — dann fehlt es an der Einigung, mag dem Dritten noch so gleichgültig gewesen sein, wer sein Vertragsgegner wurde.

Auch die Feststellung des animus incertus bei Rümelin hilft uns über den Mangel tatsächlicher Einigung nicht hinweg. Jenen animus incertus setzen wir ja in den hier behandelten Verträgen stets voraus, weil gerade er es ist, der uns das Bedürfnis empfinden läßt, diese Verträge für den Vertretenen bestehen zu lassen. Fehlt es an ihm, so sehen wir keine Härte darin, den Vertrag wegen Mangel der Willensübereinstimmung für nichtig zu erklären. Aber in den Fällen, in denen es dem Dritten gleichgültig ist, wer sein Vertragsgegner ist, hat somit auch Rümelin so wenig wie die übrige Theorie und Praxis uns etwas anderes als allgemein nützliche Erwägungen zu geben vermocht, mit denen er diese Verträge aufrecht erhalten will. Irgend welche Unterlagen im Gesetze finden sie nicht.

Um nunmehr zu zeigen, in welcher Weise unseres Erachtens die hier besprochenen Fälle zu behandeln sind, empfiehlt es sich, sie uns noch einmal an einem — schon oben berührten — Beispiele klar zu machen: Das Dienstmädchen wird von der Herrschaft zum Kaufmann geschickt mit dem Auftrage, eine Flasche Wein zu kaufen. Es kauft und bezahlt sogleich. Die Umstände, aus denen seine Vertretereigenschaft kenntlich ist, sind vorhanden. Der Kaufmann glaubt aber, es handele im eigenen Namen. An

sich ist es dem Kaufmann allerdings völlig gleichgiltig, ob das Dienstmädchen oder die Herrschaft den Kauf mit ihm abgeschlossen hat. Nehmen wir nun einmal an, der Wein würde verdorben an die Herrschaft abgeliefert, kann diese dann die Mängeleinrede erheben, oder kann der Verkäufer sich ihr gegenüber darauf berufen, er habe garnicht gewußt, daß sie seine Vertragsgegnerin gewesen sei, daher sei der ganze Vertrag mangels Einigung unwirksam?

An sich kann er es zunächst. Nur das Dienstmädchen war sein Vertragsgegner, da dieses aber nicht für sich kontrahieren wollte und die dies anzeigenden Umstände objektiv erkennbar waren — also die Erklärung, in fremdem Namen handeln zu wollen, vorlag — liegt streng genommen Dissens vor. Verschiedene Schriftsteller versuchen nun, in diesen Fällen die Wirkung des Dissenses durch Anwendung der Bestimmung des § 155 BGB. zu beseitigen. So bemerkt Hellmann[1]) zu einem gleichliegenden Beispiele von Schloßmann, nach dem bürgerlichen Gesetzbuche wäre man jedenfalls nicht zu dieser Konsequenz — nämlich Ungültigkeit des Vertrages anzunehmen — gedrängt, denn würde man Dissens annehmen, so wäre § 155 die erforderliche Aushülfe. Rehbein[2]) verweist zu einem derartig liegenden Falle auf § 155, sofern nicht anzunehmen sei, daß der Verkäufer — der Dritte — verständiger Weise an A. F. — den Stellvertreter — nicht verkauft haben würde, wenn er gewußt habe, daß dieser Gesellschafter sei und für eine Gesellschaft kaufe. Dies ist nicht richtig. Denn eine direkte Anwendung des § 155, wie sie bei anderen oben[3]) besprochenen Fällen angängig war, ist hier nicht möglich. Denn die Anwendung des § 155 würde doch nur dazu führen, daß zwar ein Vertrag als perfekt zu behandeln ist, aber mangels Einigung darüber, daß in fremdem Namen kontrahiert sei, nicht für und gegen den Vertretenen, sondern für und gegen den Vertreter selbst. § 155 läßt

[1]) Hellmann ZZP. 31, 353.

[2]) Rehbein 1, 139.

[3]) vgl. oben S. 36, 37.

den Punkt, über den eine Einigung zwar verlangt, aber nicht erzielt war — das ist hier die Einigung über den Ausschluß eigener Haftung des Vertreters — außer Betracht und behandelt den Vertrag als so abgeschlossen, als wäre das Verlangen nach Einigung über jenen Punkt nicht gestellt worden. Das Ergebnis aber, zu dem wir hier kommen wollen, und zu dem man bisher auf dem Wege der vorhin zurückgewiesenen Deduktion gelangt ist, ist gerade, den Vertrag als in fremdem Namen, also im Namen der Herrschaft oder des Firmeninhabers, geschlossen anzusehen. Dazu kann die Anwendung des § 155 nicht führen, zumal wenn wir weiter unterstellen, daß der Vertreter nicht im eigenen Namen hätte handeln wollen. Dann fehlt nicht nur das wesentlichste Tatbestandsmerkmal des § 155, sondern wir kämen auch zu einem Ergebnisse, das unserem Zwecke und den Anforderungen der Praxis nicht genügen würde.

Wenn an diesem Hindernisse somit die Möglichkeit einer Anwendung des § 155 scheitert, so führt uns dieselbe Erwägung doch der unseres Erachtens richtigen Lösung zu: Denn wenn wir berücksichtigen, daß das Dienstmädchen ja seine Herrschaft berechtigen und verpflichten wollte und andererseits der Kaufmann kein Interesse daran hat, ob die Herrschaft oder das Mädchen sein Gegenkontrahent geworden ist, so erscheint es zweckmäßig und billig, unter diesen Umständen den Vertrag im Namen der Herrschaft als geschlossen zu betrachten und zwar mit Hülfe analoger Anwendung des § 155. Eine solche analoge Ausdehnung dieses Paragraphen ist durch sein Prinzip pacta sunt conservanda gerechtfertigt. Hier wie sonst wird der scheinbar zustande gekommene Vertrag auch gegen den Willen eines Kontrahenten aufrecht erhalten, wenn dieser kein Interesse daran hat, seinen Willen verwirklicht zu sehen, dieser Wille vom Standpunkte einer höheren Rechtspolitik also nicht als schutzwürdig erscheint. § 155 läßt negativ den Vertrag gelten, ohne eine Vereinbarung über einen Punkt, der Gegenstand des Vertrages werden sollte, weil der Vertrag auch ohne eine Vereinbarung hierüber im

Sinne beider Kontrahenten wäre.[1]) In unserem Falle dagegen soll die verlangte Vereinbarung als abgeschlossen gelten, obwohl sie nicht abgeschlossen ist und zwar ebenfalls deshalb, weil anzunehmen ist, daß die Parteien den Vertrag auch mit dieser Vereinbarung abgeschlossen haben würden.

Kehren wir mit dem so gewonnenen Rechtssatze zu unserem Beispiele zurück, so ist klar, daß der Kaufmann entsprechend der Erklärung des Dienstmädchens den Kauf auch mit der fehlenden Vereinbarung, daß er für die Herrschaft vorgenommen werden sollte, abgeschlossen haben würde. Dies ist ja auch, wie wir gezeigt haben, längst von der Theorie und Praxis berücksichtigt und deshalb sind derartige Verträge für den Vertretenen als geschlossen angesehen. Lassen wir jetzt den Kauf mit Hülfe analoger Anwendung des § 155 zu Recht bestehen, so wird der Kaufmann mit seiner Berufung auf die Unmöglichkeit des Geschäfts nicht durchdringen, sondern die Herrschaft aus der Mängelrüge wegen des verdorbenen Weins verpflichtet sein. Damit ist ein Ergebnis gewonnen, bei dem einerseits das gesetzliche Erfordernis der Einigung bei einem durch einen Stellvertreter geschlossenen Vertrage nicht aufgegeben zu werden braucht, und das andererseits nicht auf allgemein nützlichen Erwägungen beruht, sondern direkt aus dem Gesetze selbst mittels des Rechtsbehelfes der Analogie entnommen ist. Zu praktischen Unzuträglichkeiten wird diese Analogie nicht führen, da ja immer Voraussetzung ist, daß ein entgegenstehendes Interesse des Dritten nicht vorhanden ist. Stets muß die Sachlage so sein, daß er den Vertrag auch im Namen des Vertretenen abgeschlossen haben würde. Um aber die Brauchbarkeit unserer Theorie nachzuweisen, ist es notwendig, daß wir ihre Anwendung bei verschiedenen Fällen zeigen, wie sie in der Praxis zur Entscheidung gestanden haben, um darzulegen, daß wir damit dieselben Ergebnisse erreichen, die die Gerichte mit Recht für zweckmäßig gehalten, und

[1]) vgl. das Beispiel S. 36, 37.

deshalb — allerdings mit anfechtbaren Begründungen — festgestellt haben.

In einem Urteile des Oberlandesgerichts in Jena vom 22. Februar 1882[1]) wird zur Begründung, daß die beklagte Ehefrau durch ihren Ehemann als Vertreter verpflichtet worden sei, ausgeführt: „Wenn nun auch der klägerische Agent beim Abschlusse der sämtlichen mit dem Ehemanne der Beklagten abgeschlossenen Kaufgeschäfte nicht wußte, daß dessen Ehefrau die Inhaberin des Bäckergeschäftes war, so ergeben doch die Umstände, daß bei der Reihe nicht unbedeutender Bestellungen von Mehl- und Mühlenprodukten die bestellten Lieferungen für das Bäckereigeschäft erfolgten und daß bei Abschlusse der Verträge nur ein Irrtum beim Kläger darüber obwaltete, wem das Geschäft gehöre.

Jedenfalls wollte er (der Kläger) mit dem wirklichen Geschäftsherrn kontrahieren. Dieser Irrtum schadet daher nicht, wenn, wie nachgewiesen, der Ehemann Geschäftsführer der Beklagten war, denn die Person des Prinzipals braucht nicht bekannt zu sein, sobald nur aus den Umständen der Wille erkennbar ist, mit dem Prinzipale abschließen zu wollen. Der Abschluß mit dem Handlungs- und Geschäftsbevollmächtigten verpflichtet den Prinzipal auch dann, wenn der Prinzipal beim Abschlusse nicht ausdrücklich genannt wurde, und der andere Kontrahent den Bevollmächtigten für den Prinzipal selbst hielt. Beklagte ist hiernach ..... dem Verkäufer gegenüber haftpflichtig."

Wenn wir diesen Fall, — nach heutigem Rechte — entscheiden wollen, so dürfen wir auf Grund der obigen Ausführungen als festgestellt annehmen, daß die den Vertragswillen des Ehemanns anzeigenden Umstände vorhanden waren, desgleichen aber auch, daß es dem Dritten, dem klägerischen Agenten, gleichgültig war, ob er mit dem Ehemanne als Selbstkontrahenten oder als Vertreter handelte. Der sogenannte „Irrtum beim Kläger darüber,

[1]) SeuffA. 40 Nr. 100.

wem das Geschäft gehöre," kann nach dem früher[1]) Gesagten natürlich nicht bedeuten, daß hier ein zunächst wirksames Geschäft vorliegt, das etwa wegen Irrtums im Sinne des § 119 BGB. anfechtbar wäre, sondern dieser „Irrtum", richtiger das Nichtverstehen der gegnerischen Erklärung führt zum Dissense. Diesen vermögen wir jetzt aber mit Hülfe analoger Anwendung des § 155 BGB. zu heilen, indem wir auf Grund der genannten Feststellungen des Urteils sagen können: Der Kläger würde den Vertrag mit dem Ehemanne auch mit der Vereinbarung, daß er für die Beklagte gelte, geschlossen haben: also gilt die tatsächlich nicht erfolgte Einigung als erfolgt. So kommen wir zum gleichen Ergebnisse, wie das Urteil, nämlich, daß die Beklagte aus dem Kaufvertrage dem Käufer haftpflichtig ist, unbeschadet etwaigen Regresses gegen ihren Ehemann, falls diesen irgend ein Verschulden trifft.

Die oben Seite 38 angeführte und dem Tatbestande nach mitgeteilte Reichsgerichtentscheidung kommt zu dem der Billigkeit entsprechenden Resultate, der Klage stattzugeben. Nach den dortigen Ausführungen steht für uns fest, daß der Käufer Anton F. die offene Handelsgesellschaft bei dem Vertrage vertreten wollte. Diesen Willen hat er zwar nicht ausdrücklich erklärt, aber die Umstände, nämlich die Tatsachen, daß er Kaufmann und offener Handelsgesellschafter war und als solcher bei Abschlüssen von Verträgen sich darauf verlassen kann, daß dem Dritten seine Stellung bekannt ist, haben seinen Willen, für die offene Handelsgesellschaft zu handeln, objektiv kenntlich gemacht.[2]) Weiter steht fest, daß die Klägerin von dem Bestehen der offenen Handelsgesellschaft nichts gewußt hat. Daß sie aber, wenn sie davon gewußt hätte, trotzdem den Vertrag abgeschlossen hätte, können wir aus den Ausführungen des betreffenden Urteils entnehmen: „Ist aber nun ein solcher Wille des Verkäufers — nämlich

[1]) Vgl. oben S. 33 f.
[2]) Vgl. auch oben S. 38—40.

ganz allgemein mit dem wirklichen Geschäftsinhaber zu kontrahieren — zu unterstellen, so kann die Feststellung allein, daß er nicht positiv den Willen gehabt habe, an die Gesellschaft zu verkaufen, nicht genügen, um daraus den Schluß zu ziehen, daß der Verkäufer den Willen, an die Gesellschaft nicht zu verkaufen, sondern den Willen gehabt habe, der Person des Gegenkontrahenten zu verkaufen. Da der Irrtum über die Person des Kontrahenten die Willensübereinstimmung nur dann ausschließt, wenn er ein wesentlicher ist, d. h. wenn anzunehmen ist, daß es dem Kontrahenten gerade auf eine bestimmte Person angekommen sei, so müssen besondere Umstände dargetan werden, aus denen sich ergibt, daß der Gegenkontrahent das Geschäft nicht abgeschlossen haben würde, wenn er gewußt hätte, daß sein Mitkontrahent dasselbe nicht für seine Person, nicht als Einzelkaufmann, sondern namens einer von ihm vertretenen Handelsgesellschaft schließen wollte. Solche Umstände liegen aber im gegebenen Falle nicht vor."

Zunächst ist wiederum hervorzuheben, daß unseres Erachtens die Annahme der Klägerin, Anton F. handele im eigenen Namen, keine Anfechtung wegen Irrtums aus § 119 begründet. Wenn Irrtum überhaupt vorläge, so könnte doch nur der Irrende selbst, also die Klägerin, nicht aber der Beklagte die Einwendung der Anfechtung machen.[1]) Dies war allerdings nach Preußischem Allgemeinen Landrechte, das für die Entscheidung maßgebend war, anders, da dort Irrtum Nichtigkeit zur Folge hatte. Hier liegt wechselseitiges Mißverständnis vor, und bei der geschilderten Sachlage dürfen wir nunmehr den § 155 BGB. analog anwenden, d. h. wir dürfen annehmen, daß die hier fehlende Einigung erfolgt und der Vertrag für die offene Handelsgesellschaft geschlossen, somit die Klage begründet ist.[2])

[1]) vgl. Rehbein 1, 139.

[2]) vgl. auch ROHG. 17, No. 53 S. 293. SeuffA. 27, No. 53, ferner auch Entscheidung des LG. Dresden im Recht 1901, 739, wo allerdings nicht zu ersehen ist, ob ein Vertretungswille aus den Umständen erhellt.

Hierher gehören auch die Fälle, in denen ein Vertreter für mehrere Vertretene erkennbar kontrahiert, der Dritte in einem konkreten Falle glaubt, der Vertreter handele für X, während er in Wirklichkeit für Y handelt. Wenn angenommen werden darf, daß der Dritte den Y ebensowohl wie den X als Vertragsgegner geduldet hätte, so werden wir den Vertrag auf Grund der analogen Anwendung des § 155 aufrecht erhalten.[1]) In den häufigen Fällen, daß der Käufer den Angestellten im Laden trotz der Erkennbarkeit der Umstände, die darauf hinweisen, daß er für den Prinzipal verkaufen will, für den Prinzipal selbst hält, wird der Kauf mit Hülfe dieser Analogie als für den Prinzipal geschlossen angesehen werden können. In einem Beispielsfalle der letzten Art nimmt Binder[2]) „eventuellen Konsens" über die Stellvertretung an. Unseres Erachtens dürfte damit etwas ausgesprochen sein, das unserer Analogiebehandlung sehr ähnlich ist, da ja auch durch diese in gewisser Weise nur eventuell eine Einigung der Parteien durch Auslegung festgestellt werden kann. Oder was sollte sonst „eventueller Konsens" bedeuten?

Wenn wir den Tatbestand der besprochenen Fälle jetzt in der Weise abändern, daß wir nicht mehr unterstellen, der Vertreter würde niemals im eigenen Namen gehandelt haben[3]), mit anderen Worten, wenn wir in dem Beispielsfalle, von dem wir ausgehen, einmal annehmen, daß das Dienstmädchen die Flasche Wein, die es tatsächlich in fremdem Namen gekauft hat, aus irgend welchen Gründen, wenn es darauf angekommen wäre, auch im eigenen Namen gekauft haben würde, dann ist die doppelte Möglichkeit gegeben, den wegen Dissenses an sich ungültigen Kauf mittels der Analogie des § 155 zwischen Vertretenen und Dritten, also der Herrschaft und dem Kaufmanne, oder nach § 155 in direkter Anwendung

[1]) Weitere Kombinationen lassen sich bei den nach Schloßmann 1, 181—184 aufgestellten Fällen bilden.

[2]) Binder KrVJSchr. 46, 364.

[3]) vgl. S. 46.

zwischen Vertreter und Dritten, also zwischen dem Mädchen und dem Kaufmanne, aufrecht zu erhalten. Denn die Anwendung der Analogie wäre gerechtfertigt, weil die Vertragschließenden den Vertrag auch mit der Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung des Vertreters, die Anwendung des § 155, weil sie ihn auch ohne Einigung über diesen Punkt abgeschlossen haben würden. Genau so liegt es aber, wenn wir in den am Ende unseres § 3 behandelten Fällen[1]) davon absehen, daß dort der Dritte ein besonderes Interesse daran hatte, gerade mit dem Vertretenen nicht zu kontrahieren, wenn wir demnach in dem dortigen Beispiele annehmen, daß der Kunsthändler ohne Bedenken auch an den Vertretenen von den beiden kunstliebenden Freunden verkauft haben würde. Ob hier nun § 155 oder die Analogie dazu anzuwenden ist, wird im einzelnen Falle lediglich nach dem Inhalte des konkreten Rechtstreits zu bestimmen sein. Klagt in einem so gestalteten Rechtsstreite der Vertretene zum Beispiele gegen den Dritten, und dieser beruft sich darauf, mit jenem ja garnicht kontrahiert zu haben, so hat es keinen Sinn, den § 155 direkt anzuwenden, da in dem Falle der Vertrag nur zwischen dem Dritten und dem Vertreter als bestehend festgestellt werden könnte. Damit wäre dem Kläger nicht geholfen, es würde für ihn dasselbe sein, als wenn der Vertrag überhaupt wegen der mangelnden Willenseinigung als ungültig betrachtet würde.

Da aber gerade ein derartiges Ergebnis vermieden werden soll, da wir jene Bestimmung des Gesetzes nur heranziehen, um die Unbilligkeit zu vereiteln, die darin besteht, daß ein Kontrahent einem anderen gegenüber in den Fällen sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages wegen mangelnder Willenseinigung beruft, wo es ihm nachweislich gleichgültig war, ob er mit ihm als Selbstkontrahenten oder als Vertreter kontrahierte, würde es hier keinem Zweifel unterliegen können, daß der § 155 in analoger Form anzuwenden ist. Auf diese Weise

[1]) oben S. 36, 37.

allein kann das Geschäft zwischen dem klagenden Vertretenen und dem Dritten als trotz des Dissenses wirksam geschlossen festgestellt werden.

Klagt andererseits der Vertreter gegen den Dritten oder umgekehrt, z. B. auf Erfüllung aus dem Vertrage, so könnte hier nur durch direkte Anwendung des § 155 die von einer Partei etwa geltend gemachte Unwirksamkeit des Vertrages zwischen den Parteien zurückgewiesen werden. Die Wahl der Rechtsanwendung in diesen Fällen ist also lediglich durch die Gestaltung des jeweiligen Rechtstreits bedingt. Das Prinzip des § 155, die Unwirksamkeit der Verträge wegen eines Dissenses in beiderseits unerheblichen Punkten nicht eintreten zu lassen, wird hier stets verwirklicht werden können.

Wenn in den bisher behandelten Fällen angenommen werden durfte, daß es dem Dritten gleichgültig war, ob er mit dem Vertretenen oder Vertreter kontrahierte, was in den Ausführungen der betreffenden Entscheidungen dadurch zum Ausdrucke kam, daß dort gesagt wurde, der Dritte habe den Willen gehabt, mit dem wirklichen Geschäftsinhaber zu verhandeln, so ist wohl zu beachten, daß diese Annahme durchaus nicht immer gerechtfertigt sein wird, geschweige denn, daß, wie Schloßmann[1]) daraus entnimmt, eine allgemeine Rechtsvermutung angenommen werden könnte, daß beim Kontrahieren mit einer individuell bestimmten Person das Individuum nicht als solches in Betracht käme. Bestände eine solche Vermutung, so könnte man mit Schloßmann zu dem Satze kommen, daß, wer mit einem anderen kontrahiert, ganz allgemein den Willen hat, nicht mit dieser individuell bestimmten Person in Beziehung zu treten, sondern mit demjenigen, der sich als Träger der Interessensphäre, für die das Geschäft geschlossen ist, herausstellen wird. Hiervon kann natürlich nicht die Rede sein, es wird immer auf die Lage des einzelnen Falles ankommen.

[1]) Schloßmann 1, 194.

Insbesondere kann uns die Feststellung, daß der Dritte kein Interesse daran hatte, gerade mit dem Vertreter zu kontrahieren, nur — das ist nach dem bisher Gesagten selbstverständlich — dann berechtigen, das ungültige Geschäft mit Hülfe der Analogie § 155 BGB. zu heilen, wenn der Vertretungswillen des Vertreters objektiv erkennbar gewesen ist. War er dies nicht, so ist auch keine Erklärung des Vertretungswillens gegeben, und der Dritte hätte die Erklärung des Vertreters nicht verstehen können, weil der Wille, in fremdem Namen zu handeln, gar nicht zum Ausdrucke gebracht ist. Daher verlangt § 155 auch ausdrücklich, daß eine Einigung über einen Punkt nicht vorliegt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, und zwar, wie aus § 154 zu ergänzen ist, auf das Verlangen einer Partei. Hat die Partei das Verlangen nicht erhoben, so konnten sich die Kontrahenten überhaupt darüber nicht einigen, und weder § 154 noch § 155 könnte zur Anwendung kommen. Daß die Fälle, in denen eine aus den Umständen erkennbare, aber von dem Dritten nicht erkannte, Vertretungserklärung vorliegt und es für den Dritten ohne Interesse ist, wer sein Vertragsgegner ist, und die Fälle, in denen es gleichfalls für den Dritten ohne Interesse ist, wer sein Vertragsgegner ist, der Vertretungswille aber überhaupt nicht zum Ausdrucke kommt, scharf von einander zu trennen sind, ist vielfach verkannt worden. Bei der ersten Gruppe von Fällen, in denen wir die Analogie zu § 155 als Heilmittel gefunden haben, konnte nach herrschender Doktrin ja vielfach ohne Schwierigkeiten das gleiche Ergebnis gewonnen werden, sofern man sich eben nur mit der Erkennbarkeit begnügte und keine Einigung verlangte, so daß die Schwierigkeit eigentlich erst bei der zweiten Gruppe entstand, falls man dort ein entsprechendes Resultat, nämlich Berechtigung und Verpflichtung des Vertretenen oder hier richtiger desjenigen, der durch den Vertreter nach dessen Willen vertreten werden sollte, gewinnen wollte. Die Frage wurde dort dann so formuliert: Kommt der

§ 164 Absatz 2, d. h. die Wirkung, daß der Vertrag den Vertreter bindet, da zur Anwendung, wo es dem Gegner vollständig gleichgültig ist, mit wem er es zu tun hat. Und die Antwort hierauf fiel verneinend aus. So sagt Cosack[1]), in den Fällen, in denen der Vertreter weder sage, daß er im eigenen, noch daß er in fremdem Namen handeln wollte, auch die Umstände die Gegenpartei weder die eine noch die andere Absicht erkennen lasse, erfahre die Regel des Absatzes 2 § 164 eine Einschränkung, wenn die Frage, wer Vertragsgegner werde, der Gegenpartei erkennbar gleichgültig sei.[2]) Nur ausnahmsweise werde man auch Nebenumstände, die für den Empfänger der auszulegenden Erklärung unerkennbar waren, bei der Auslegung berücksichtigen, nämlich insoweit, als sie dem Empfänger zu der Zeit, da die Erklärung ihm zugeht, gleichgültig waren, sodaß der Urheber der Erklärung keinen Anlaß hatte, den Empfänger auf diese Umstände besonders hinzuweisen.[3])

Insbesondere werden auch durch die in den Seiten 41 ff. behandelten Ausführungen von Rümelin und Leonhard die Fälle, wo jede Vertretungskundgebung fehlt, mit einbegriffen, ja in letzter Linie haben sie gerade diese Fälle im Auge, weshalb dort auch immer die Rede von der Unanwendbarkeit des § 164 Abs. 2 ist.

Daß sich die gleiche Ansicht auch in der Praxis findet, beweist die Entscheidung des Kammergerichts vom 27. März 1902.[4])

Dort klagt die Klägerin aus einem Vertrage, den ihr Ehemann Z, welcher zur Zeit des Abschlusses ihr Geschäftsführer war, für sie abgeschlossen hatte, gegen einen Dritten. Z hat für die Klägerin kontrahieren wollen, wie in Ermangelung entgegenstehender Umstände in seiner

---

[1]) Cosack 1, 232 unter c, γ.

[2]) Cosack fügt allerdings hinzu, dies sei namentlich bei Fahrnisübereignung wichtig. Hierauf einzugehen liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit.

[3]) Ebenso Hölder zu § 164 Z. 2. Lenel JheringJ. 36, 64, Zitelmann AllgTeil. 119, Kipp 1, 306 Anm. 15, Mumm im Recht 1901, 137.

[4]) OLG. RSpr. 5, 48.

Eigenschaft als Geschäftsführer anzunehmen war. Z hat aber im schriftlichen Vertrage das Vertragsverhältnis nicht zum Ausdrucke gebracht, Umstände, aus denen es ohnedies erkennbar gewesen wäre, sind nicht ersichtlich. Daß der Beklagte nichts davon gewußt hat, steht durch den von ihm geleisteten Eid fest. Da — so führt das Kammergericht aus — nicht anzunehmen sei, daß der Beklagte gerade mit Z persönlich habe abschließen wollen, sondern mit demjenigen, der das Geschäft gerade betrieb, und da der Vertreter den Willen gehabt habe, den Inhaber zu verpflichten, so sei trotz eines etwaigen Irrtums in der Person des Gegners der Vertrag mit dem Geschäftsinhaber zustande gekommen. Insbesondere widerspreche § 164 Abs. 2 BGB. nicht dem Ergebnisse der vorstehenden Erwägung. Diese Norm habe den Zweck, im Interesse der Verkehrssicherheit den zerstörenden Wirkungen des Mangels der Willensübereinstimmung beim Abschlusse von Verträgen vorzubeugen, ein solcher Mangel liege aber garnicht vor. Da vielmehr in Wirklichkeit Übereinstimmung des Willens beider Kontrahenten bestanden habe und nur daneben ein, indes unwesentlicher Irrtum des Beklagten hinsichtlich der Person des Z, kommt das Kammergericht, dessen Ausführungen denen der hier behandelten und von ihm in Bezug genommenen Reichsgerichtsentscheidung[1]) entsprechen, zu dem Ergebnisse, daß die Klägerin unmittelbar Rechte aus dem Vertrage gegen den Beklagten erlangt hat.

Wir würden zu einer abweichenden Entscheidung kommen und die Klage abweisen. Da, wie ja ausdrücklich gesagt wird, eine Kundgebung des Vertreters, in fremdem Namen handeln zu wollen, — sei es eine ausdrückliche oder eine den Umständen zu entnehmende — fehlt, so ist es überhaupt ausgeschlossen, daß eine Einigung darüber erfolgen konnte, daß die Vertragswirkungen in der Person der Klägerin, der Vertretenen, eintreten sollen.[2]) Eine solche

[1]) RG. 30, 77.

[2]) Zutreffend führt dies auch die Entscheidung des OLG. Dresden v. 30. 11. 04 aus (SächsArch. 15, 87).

kann dann auch auf keine Weise durch Auslegung oder analoge Anwendung des § 155 konstruiert werden. Diese Entscheidung ist unseres Erachtens auch keine unbillige. Denn urteilte man wie hier das Kammergericht, so würde man ja in allen möglichen Fällen zu gewärtigen haben, daß hinter der Person, mit der man kontrahiert, eine andere steht, für die in Wirklichkeit der Vertrag geschlossen ist. Auch würde diese Entscheidung dem im ganzen Gebiete der Rechtsgeschäfte streng und ausnahmslos durchgeführten Grundsatze widersprechen, daß ein Wille erklärt sein muß, wenn er berücksichtigt werden soll, ferner könnte man dann tatsächlich von dem Bestehen einer derartigen Vermutung, wie sie Schloßmann[1]) der herrschenden Theorie und Praxis vorwirft, sprechen. Halten wir aber an unserer Auffassung fest, so liegt der unser Billigkeitsgefühl befriedigende Ausgleich ja darin: In der größten Anzahl derartiger Geschäfte, insbesondere der Handelsgeschäfte, wird der Tatbestand, wie wir gesehen haben, so gestaltet sein, daß eine Vertretungserklärung sich in der Regel aus den Umständen ergibt. Wenn in diesen häufigeren Fällen der Vertretene berechtigt und verpflichtet wird, so kann füglich nicht als Unbilligkeit empfunden werden, wenn er oder der Dritte Kontrahent in den seteneren Fällen, wie in dem des Kammergerichts, einmal leidet. Er wird dann immer noch Wege finden, wie hier die Klägerin eventuell durch Regreßnahme bei ihrem Ehemanne, sich einigermaßen sein Recht zu verschaffen. An dieser Stelle kann auch des berühmten Falls von Eck[2], wo die Hausdame mit Vollmacht der Herrschaft, aber ohne diese zu erwähnen, ein Dutzend silberne Löffel für diese kauft, ohne auf die sachenrechtliche Seite einzugehen, insoweit gedacht werden, als unseres Erachtens hier nicht die Herrschaft, sondern einzig die Hausdame berechtigt und verpflichtet worden ist. Oder variieren wir unseren Fall mit dem Dienstmädchen einmal so, daß dieses nach seinem Äußeren u. s. w. unmög-

[1]) vgl. oben S. 53.

[2]) Eck 1, 66.

lich als Dienstmädchen erkannt werden kann, so wird die Herrschaft mangels ausdrücklicher Erklärung des Dienstmädchens niemals mit dem Vertrage irgend etwas zu tun haben, wenn es dem Kaufmanne auch noch so gleichgültig gewesen ist, an wen er verkauft. Endemann sagt sehr zutreffend gegen Lenels Ansicht[1]), daß z. B. für die Frage, aus wessen Vermögen die von mir gekaufte Sache herrührt, es für den Kaufmann ohne Interesse sei, ob der Gegner Vertreter oder Selbstkontrahent sei, und daß deswegen für die Gültigkeit des Geschäfts ohne Bedeutung sein müsse, ob es im Namen des Vertretenen abgeschlossen sei, es sei dann eben keine Vertretung mehr, sondern § 164 Absatz 2 finde Anwendung.

In sämtlichen Fällen dieser Art hat der Vertreter eine Erklärung abgegeben, die sich nach außen hin nicht anders als eine eigene kundgab: Somit kommt „der Mangel seines Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht". Mit anderen Worten, er selbst und nur er ist aus dem Vertrage dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Das ergibt die ausdrücklich für diesen Fall getroffene Bestimmung des zweiten Absatzes des § 164, mit dem wir uns nunmehr zu beschäftigen haben.

§ 5.

Der bereits mehrfach angezogene Absatz 2 des § 164 lautet: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht." Er hat also zur Voraussetzung erstens, daß jemand den Willen hat, in fremdem Namen zu handeln und zweitens, daß dieser Wille nicht erkennbar hervorgetreten ist, bei einem Vertrage zum Beispiele will der eine Kontrahent den Vertrag für eine andere Person abschließen, er selbst will nur Stellvertreter sein, er gibt aber keine dies anzeigende Er-

[1]) Endemann 1, 394 Anm. 4, Lenel JheringJ. 36, 9 ff.

klärung ab, weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende, das heißt, eine solche, die aus den Umständen zu entnehmen ist. Vergleichen wir die Fälle dieser Art mit denen, wo der Wille des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, auch von der anderen Partei nicht erkannt wird, aber aus den Umständen zu entnehmen ist, so ergibt sich folgender grundsätzliche Unterschied: Dort liegt immer die (wenn auch nur aus den Umständen gewonnene) Erklärung vor: ich, der Vertreter, handele im Namen des Vertretenen. Schließt die Gegenpartei hierauf den Vertrag im Glauben, er wäre für den Vertreter geschlossen, so ist dies, wie wir gezeigt haben, — unheilbarer oder heilbarer — Dissens. Hier dagegen hat die Erklärung des Vertreters im Gegensatze zu seinem Willen stets den Inhalt: ich handele für mich. Wird daraufhin der Vertrag mit dem Dritten geschlossen, so kann von Dissens natürlich keine Rede sein. Denn der Dritte, der mit dem Vertreter kontrahieren will, geht auf dessen dementsprechende Willenserklärung ein: somit liegt nicht, wie in den anderen Fällen, ein wechselseitiges Mißverständnis vor, sondern der Vertrag läuft auf den Namen des Vertreters. Wenn also etwa die Ansicht vertreten wird, wie das Siméon[1]) zu tun scheint, daß § 164 Absatz 2 die Berufung des Vertreters auf Ungültigkeit des Geschäfts wegen Dissenses verhindert, so ist das unrichtig. In den hier fraglichen Fällen ist vielmehr gerade Übereinstimmung der Willenserklärungen der Parteien[2]) vorhanden, sie haben sich darüber geeinigt, daß die Vertragswirkungen in der Person des Vertreters entstehen sollen.

Was bedeutet somit die Bestimmung, daß beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen „der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt?“

[1]) Siméon 1, 186, der auf S. 171 dort verweist.

[2]) Dies ist richtig in dem oben S. 56 behandelten gleichliegenden Rechtsfalle vom Kammergerichte erkannt worden.

Denkbar ist, daß der Vertreter seinen Vertretungswillen absichtlich verschwiegen hat, dann bleibt dieser geheime Vorbehalt schon auf Grund der Bestimmung des § 116 BGB. unberücksichtigt.[1] Dieser Fall würde also einer besonderen Bestimmung nicht bedürfen. Denkbar ist aber auch, daß der Vertreter bei Abgabe seiner Erklärung sich geirrt hat, sei es, daß er über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume war, sei es, daß er eine Erklärung des Inhalts, wie sie von ihm abgegeben ist, überhaupt nicht abgeben wollte, oder daß seine Willenserklärung durch die zur Übermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist. Hier müßte der Vertreter an sich seine Erklärung wegen Irrtums nach §§ 119, 120 BGB. anfechten können, und es ist zu prüfen, ob dieses Recht ihm durch § 164 Abs. 2 entzogen wird oder nicht. Die Ansicht, die die Anfechtung wegen Irrtums noch zulassen will, wird von Kipp und Schloßmann[2] vertreten. Schloßmann insbesondere begründet seine Meinung damit, daß er sagt, das Nichtthervortreten des Willens, für einen anderen zu kontrahieren, könne in Wahrheit auch auf anderen Gründen als auf Irrtum des Vertreters über den Inhalt seiner Erklärung beruhen. Der Vertreter könnte zum Beispiele eine Erklärung jenes Inhalts von seiner Seite darum für überflüssig halten, weil er irrtümlich meine, der Vertretene habe dem Dritten bereits angekündigt, daß er als sein Vertreter mit ihm verhandeln werde, oder er glaube, seine Absicht, für den anderen zu handeln, sei dem Dritten auf andere Weise bereits bekannt geworden, oder er verstehe irrtümlich eine Äußerung des Dritten dahin, daß er auf Leistung seitens des Herrn rechne und mit ihm selbst also in Beziehung nicht treten wollte. In solchen Fällen bestehe ein vom § 119 nicht berührtes Anwendungsgebiet für § 164 Abs. 2, und darum könne ohne ausdrückliche Ausschließung der

[1] Vgl. Planck zu § 164 Anm. 2, Rehbein 1, 253.
[2] Kipp 1, 305, Schloßmann 2, 344.

Anwendbarkeit des § 119 diesem die Anwendung auf den in § 164 Abs. 2 vorausgesetzten Tatbestand nicht versagt werden.

Unseres Erachtens würde in den von Schloßmann aufgezählten Fällen nur ein Irrtum in den Beweggründen vorliegen, der an sich schon nicht zur Anfechtung berechtigen würde.[1] Möglicherweise könnte man sie auch wie Rümelin[2] als Beispiele für einen Irrtum über den Inhalt (objektiven Sinn) der Erklärung auffassen und aus diesem Grunde für ungeeignet halten, Schloßmanns Ansicht zu unterstützen. Jedenfalls bleiben demnach gerade die Fälle, in denen der Vertreter normalerweise nach § 119 anfechten könnte, das Anwendungsgebiet für den § 164 Abs. 2, falls dieser den Ausschluß der Anfechtbarkeit normiert, und daß er dieses tut, ist uns in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung[3] nicht zweifelhaft. Würden wir § 164 Abs. 2 nicht in diesem Sinne verstehen, dann wäre er ja tatsächlich ein, wie Isay sagt[4], „sachlich überflüssiger Zusatz" zu den Bestimmungen des ersten Absatzes. Denn daß da, wo eine Erklärung, in fremdem Namen handeln zu wollen, fehlt, nur vereinbart sein kann, daß die Vertragswirkungen in der Person des Vertreters eintreten, mithin dessen nicht erklärter Wille unberücksichtigt bleibt, ergibt sich bei unserer Auffassung von den Erfordernissen der Stellvertretung beim Vertrage schon aus Abs. 1 des § 164. Demnach kann § 164 Abs. 2 nicht als bloße Auslegungsregel aufgefaßt werden, die die Anfechtungsberechtigung des Vertreters unberührt läßt, sondern durch ihn wird dem Vertreter dieses Recht entzogen: eine Anfechtung seiner Erklärung wegen Irrtums ist ausgeschlossen. Im Übrigen können wir den Aus-

[1] vgl. Planck zu § 164 Anm. 2.

[2] Rümelin ArchCivPrax. 93, 308.

[3] Planck zu § 164 Anm. 2, Enneccerus-Jäger 1, 418, Goldmann-Lilienthal 1. 200, Rehbein 1, 253, Leonhardt 365, Cosack 1, 231, Matthias 1, 213, Eck-Leonhard 178, Endemann 1, 394, RümelinArchCivPrax. 93, 201 ff.

[4] Isay 323.

führungen Rümelins[1]) beipflichten, daß dieser Inhalt des § 164 Abs. 2 auf Grund der Materialien und seines Wortlauts angenommen werden muß. Denn er ist durch die — eigentümliche — Fassung des § 164 Abs. 2 hinreichend deutlich zum Ausdrucke gekommen. Dem Vertreter mangelt der Wille, im eigenen Namen zu handeln, da er ja als Vertreter handeln will. Dieser Mangel des Willens soll nicht in Betracht kommen, d. h. das Gesetz sieht von der Willensrichtung des Vertreters überhaupt in jeder Weise und ohne Ausnahme ab. Dann darf aber dieser Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, auch nicht dazu benutzt werden, dem Vertreter die Anfechtung seiner Erklärung wegen Irrtums zu ermöglichen und so die Anwendung des § 164 Abs. 2 in der Mehrzahl der Fälle illusorisch zu machen. Dieses Ergebnis stimmt durchaus mit der in der Kommission für die zweite Lesung[2]) zum Ausdrucke gekommenen Auffassung über den Inhalt und Zweck des § 164 Abs. 2 überein. Ein Antrag, den Vertreter zur Anfechtung wegen Irrtums zuzulassen und überhaupt die allgemeinen Grundsätze über die Folgen von Willensmängeln anzuwenden, wurde ausdrücklich abgelehnt und besonders hervorgehoben, daß der Vertreter, der den Willen, in fremdem Namen zu handeln, nicht kundgegeben habe, mit dem Einwande, daß er diesen Willen gehabt habe, nicht gehört werden dürfe.

Die bestrittenste Frage des § 164 ist die, ob durch die Bestimmung des Absatzes 2 jede Wirkung für und gegen den Vertretenen ausgeschlossen ist, oder ob der Dritte seinerseits den Vollmachtgeber und dieser den Dritten aus dem Vertrage angehen kann. Für uns kann die Beantwortung nach dem bisher Ausgeführten keine besonderen Schwierigkeiten mehr bieten. Sie muß entsprechend dem unserer Ansicht nach durch das Gesetz gebotenen Erfordernisse der Einigung darüber, in wessen Person die Vertragswirkungen entstehen sollen, verneinend ausfallen.

[1]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 201 ff.

[2]) Protokolle 1, 137.

Gleichwohl erscheint es notwendig, die verschiedenen Meinungen über diese Frage hier anzuführen.

Von dem schon erwähnten Beispiele[1]) mit der löffelkaufenden Hausdame ausgehend, das uns an dieser Stelle nicht wegen der hauptsächlich bestrittenen dinglichen Folgen, sondern nur von seiner obligationenrechtlichen Seite interessiert, vertritt Eck[2]) die Meinung, daß man die Worte des § 160 Abs. 2 (jetzt § 164 Abs. 2) einengend dahin auslegen müsse, daß der Handelnde nur dem anderen Teile gegenüber sich auf den Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht berufen könne.[3]) Übereinstimmend meint Kipp[4]), daß der Gegeninteressent den Vertreter festhalten könne, wie wenn er das Geschäft im eigenen Namen geschlossen hätte, nicht aber, daß er dies tun müsse. Es steht vielmehr in der Wahl des anderen Teils, ob er das Geschäft als von dem Vertreter in fremdem oder eigenem Namen geschlossen behandeln wolle. Rehbein[5]) sagt, aus § 164 Absatz 2 folge nicht, daß der Dritte nicht auch den als Kontrahenten behandeln könne, der durch den Beauftragten mit ihm habe kontrahieren wollen, wenn auch der Beauftragte im eigenen Namen mit ihm kontrahiert habe, vorausgesetzt, daß der Auftraggeber das Geschäft als sein eigenes genehmige. Kuhlenbeck[6]) begründet die gleiche Ansicht damit, die Vorschrift des § 164 Abs. 2 sei singulär und nur im Interesse des Dritten eingeführt, der Vertretene habe auch in diesem Falle eine actio utilis aus dem stillschweigend für ihn geschlossenen Vertrage, wenigstens dann, wenn der Dritte kein gegenteiliges erhebliches Interesse geltend machen könne, nicht mit ihm kontrahiert zu haben. Derselben Ansicht scheint auch Cosack[7]) zu

---

[1]) oben S. 57.
[2]) Eck 1, 66.
[3]) ebenso Eck-Leonhard 179 im Texte, Fischer-Henle § 164 Anm. 7.
[4]) Kipp 1, 305.
[5]) Rehbein 1, 252.
[6]) Kuhlenbeck 1, 135, Anm. 3.
[7]) Cosack, 1, 231c, 7.

sein, der in einer früheren Auflage[1]) sogar konkurrierende Rechtsbeziehungen des Geschäftsgegners sowohl zum Vertreter als zum Vertretenen annahm. In einem Beispiele, das er in seinen späteren Auflagen fortgelassen hat, wo der Kurier eines russischen Fürsten, der selbst wie ein Lord aussieht, in einem Gasthofe für fünf Personen Zimmer und Pension bestellt, ohne den Namen des Fürsten zu nennen, läßt er Kurier und Fürsten dem Gastwirte gegenüber solidarisch berechtigt und verpflichtet sein. Auch aus Rümelins[2]) Ausführungen ist, da er, wie gezeigt ist[3]), nicht den grundsätzlichen Unterschied zwischen den Fällen des kundgegebenen und nicht kundgegebenen Vertretungswillens macht, zu entnehmen, daß er dem Dritten auch beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 164 Absatz 2 unter Umständen Rechte und Pflichten gegen den Vollmachtgeber zuerkennt. David und Brach[4]) vertreten in der Zeitschrift „Das Recht" die Ansicht, daß der Dritte sich sowohl an den Vertreter wie an den Vertretenen halten könne.

Demgegenüber steht Planck[5]) auf dem Standpunkte, daß das Rechtsgeschäft in jeder Beziehung als ein von dem Vertreter im eigenen Namen vorgenommenes behandelt werden müsse. Der Vertreter allein werde dadurch berechtigt und verpflichtet, und der andere Teil könne sich nur an ihn halten. Für diese Auffassung spreche sowohl der Wortlaut als die Entstehungsgeschichte des fraglichen Satzes. Der andere Teil könne niemals Rechte gegen den Vertretenen ableiten, andernfalls hätte es besonderer gesetzlichen Bestimmungen bedurft.[6])

---

[1]) Cosack 2. Aufl. 1, 222 c, γ.

[2]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 208 ff.

[3]) vgl. oben S. 55.

[4]) David im Recht 1901 506 ff., Brach, daselbst 558.

[5]) Planck zu § 164 Anm. 2.

[6]) Derselben Ansicht sind Dernburg 1, 490, Neumann zu § 164, Matthias 1, 213, Goldmann-Lilienthal 1, 200, Siméon 1, 186 u. 187, Zitelmann Allg. Teil 119, Isay 323 ff., auch Leonhard 367, 368 Anm. 2,

Übereinstimmend fragt Enneccerus[1]), weshalb dem Gegner durch die nach seinem Willen sich entscheidende alternative oder gar durch kumulative Haftung des Vertreters und Vertretenen eine erhöhte Sicherheit gegeben werden solle, auf die er in keiner Weise gerechnet habe und die den Vertretenen unter Umständen schwer schädige. Man denke nur, daß dieser, weil dem Stellvertreter die Rechnung übersandt war, ihm Deckung gegeben habe, die er ihm sonst nicht anvertraut haben würde und daß der Stellvertreter vor Befriedigung des Gegners in Konkurs gefallen sei. Schloßmann[2]) betont insbesondere, der Satz, daß „der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht komme" gelte für beide Teile, für den Dritten wie für den Vertreter, und daraus ergebe sich für den Vertreter, das von Anfang an nicht nur der Vertreter dem Dritten verpflichtet werde, sondern ihm auch die Rechte gegen den Dritten erworben seien, und man könne dem Dritten doch nicht das Recht einräumen, nach Belieben dem Vertreter diese Rechte dadurch zu entziehen, daß er sich an den Vertretenen halten zu wollen erkläre.

Unseres Erachtens ist die Ansicht die richtige, nach der allein der Vertreter durch einen Vertrag, bei dem sein Wille, in fremdem Namen zu handeln, hervorgetreten ist, verpflichtet wird und Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Vollmachtgeber überhaupt nicht entstehen. Dieses ist nicht sowohl aus dem Zwecke des Absatzes 2 zu folgern, der, wie wir gesehen haben, lediglich darin besteht, die Anfechtbarkeit wegen Irrtums auszuschließen, die an sich dem Vertreter zustände, sondern aus dem Wesen des Vertrages. Ist die Einigung zwischen dem Dritten und dem Vertreter darüber erfolgt, daß die Wirkungen für

wenigstens für den Fall des Kreditgeschäfts. Beim Bargeschäfte will er gemäß seiner oben S. 42 behandelten Auffassung die Entscheidung, ob der Vertreter für sich oder den Geschäftsherrn gehandelt hat, dem Vertreter überlassen. Vgl. ferner SächsAnnalen 26, 508 ff.

[1]) Enneccerus-Jaeger 1, 418 Anm. 4.

[2]) Schloßmann 2, 343 u. 344.

ihn, den Vertreter, eintreten sollen, so kann der Dritte — andere Vereinbarungen mit dem Vertreter vorbehalten — nicht etwa seinerseits den Vollmachtgeber angehen, in dessen Namen der Vertrag ja nicht geschlossen ist. Und ebensowenig kann der Vollmachtgeber, auf dessen Namen der Vertrag abgeschlossen werden sollte, aber nicht ist, nicht den Dritten auf Erfüllung belangen. Der Vertretene ist zu dem Dritten überhaupt in keine Beziehung getreten, auf Grund seiner internen Beziehung kann er sich gegebenenfalls an den Vertreter halten. Daß diese Auffassung keine Härte gegen den Vertretenen oder Dritten bedeutet, ist schon ausgeführt worden.[1]) Betrachtet man ein Beispiel dieser Art, etwa das mit dem Cosack'schen Kurier, so leuchtet es ein, daß nicht die geringste Veranlassung besteht, Rechtsbeziehungen zwischen dem Gastwirte und dem Fürsten konstruieren zu wollen. Der Wirt hat allein mit dem Kurier den Vertrag schließen wollen, hat in ihm seinen Vertragsgegner gesehen und ihm etwa Kredit eingeräumt, ohne von den Beziehungen des Kuriers zu seinem Auftraggeber etwas zu wissen. Der Wirt wird also dadurch in keiner Weise beschwert, daß der Vertrag in der Art als zustandegekommen angesehen wird, wie er seiner eigenen zum Ausdrucke gekommenen Willensbestimmung entsprochen hat. Auch dem Fürsten geschieht kein Unrecht, da er den Abschluß des Vertrags seinem Kurier überlassen hat und daher die Folgen von dessen ungenügender Geschäftsgewandtheit übernehmen muß, übrigens auch gegen den Kurier aus dem Dienstvertrage oder Auftrage Anspruch auf Abtretung des durch den Vertrag mit dem Wirte Erlangten hat. Geschädigt könnte allein der Kurier sein, da er an einem Vertrage festgehalten wird, den er für einen anderen hat schließen wollen. Aber es wäre seine Sache gewesen, dies hinreichend zum Ausdrucke zu bringen, er muß es daher mit Recht verantworten, daß er dies unterlassen hat.[2])

[1]) Vgl. oben S. 57.

[2]) Vgl. Entsch. des OLG. Stettin in PosMSchr. 1904, 33.

An dieser Stelle mag noch einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 9. Oktober 1880 [1]) gedacht werden: Eine Frau deckt bei der Auspfändung des Mannes wegen rückständigen Mietzinses das wahre Mietverhältnis auf, indem sie erklärt, sie sei die wahre Mieterin gewesen, ihr Mann habe in ihrem Auftrage und mit ihrer Vollmacht gemietet. Der Ehemann hatte aber davon dem Vermieter keine Mitteilung gemacht. Auch kannte der Vermieter das Auftragsverhältnis nicht. Als nun die Frau selbst wegen der Mietzinsen in Anspruch genommen wurde, wollte das Obergericht einen Ersatz für das Verschweigen des Auftraggebers darin finden, daß die Ehefrau sich später als wahre Mieterin bekannt habe, und meinte, das dieses hinterherige Bekenntnis den Mangel der Erklärung des Mandatars dann aufhebe, wenn der Gegenkontrahent sofort Kenntnis von dieser Erklärung nehme und sein Einverständnis dadurch erkläre, daß er nun den Mietpreis von der wahren Mieterin verlange, hierdurch aber klar zu erkennen gebe, daß ihm gleichgültig gewesen sei, ob der Ehemann für sich oder seine Ehefrau den Vertrag geschlossen habe. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat aber diese Deduktion mit Recht als unrichtig verwiesen. Auch nach heutigem Rechte kommen wir gemäß § 164 Abs. 2 zu dem Ergebnisse, daß der Ehemann an den Vertrag gebunden bleibt.

Die nachträgliche Erklärung der Ehefrau kann trotz möglichen Einverständnisses des Vermieters den einmal abgeschlossenen Vertrag nicht zu einem in ihrem Namen geschlossenen machen. Wollte der Ehemann seinerzeit für die Ehefrau handeln, so bestätigt die jetzige Erklärung der Ehefrau nur, daß er Vertretungsmacht hatte. Daß dies aber für die Frage, ob er als Stellvertreter gehandelt hat unerheblich ist, haben wir am Anfange [2]) dieser Arbeit gesagt. Trat sein Wille in keiner Weise hervor, so gilt

[1]) SeuffA. 36 Nr. 120.

[2]) Vgl. oben Seite 9.

der Vertrag als in seinem Namen geschlossen. Denn er hat eben nicht als Vertreter gehandelt, nicht in fremdem Namen kontrahiert.

§ 6.

Nachdem wir bisher nur von den Fällen gesprochen haben, in denen der Vertreter den Willen hat, einen Vertrag in fremdem Namen zu schließen, bleibt uns noch übrig, von den im Gesetze nicht besonders geregelten Fällen zu sprechen, in denen dieser Wille von der Gegenpartei als vorhanden angenommen, tatsächlich aber nicht bei den als Vertreter angesehenen Kontrahenten vorhanden ist. Wir werden hierbei zwei Gruppen zu unterscheiden haben, nämlich, ob dieser Glaube des Gegenkontrahenten durch mißverständliche Auffassung der im eigenen Namen abgegebenen Erklärung des scheinbaren Vertreters hervorgerufen ist, oder ob der Kontrahent, der für sich handeln wollte, seine Erklärung irrtümlich auf fremden Namen gestellt hat.

Die Fälle der ersten Art mögen an folgendem Beispiele dargelegt werden:

Der Generalbevollmächtigte eines auswärtigen Gutsbesitzers, der stets für seinen Machtgeber in der Stadt Bestellungen macht, bekommt Einquartierung und will aus diesem Grunde für sich eine größere Menge von Vorräten an Stroh, Heu usw. kaufen. Er bestellt diese ohne weitere Erklärung bei einem Kaufmanne, der schon häufig Lieferungen gleicher Art an den Gutsbesitzer durch den Bevollmächtigten gemacht hat und deshalb jetzt nicht anders glaubt, als daß die Vorräte wieder für den Gutsbesitzer erworben werden. Die Vorräte sind schlecht, der Bevollmächtigte will mindern oder wandeln. Der Kaufmann behauptet, mit ihm überhaupt nicht kontrahiert zu haben. Hier liegt der Fall so, wie bei der Köchin[1]), die als solche erkennbar einen Hasen kauft und zwar ausnahmsweise mit dem Willen, nicht für die Herrschaft,

[1]) Vgl. oben Seite 26.

sondern für sich zu kaufen. In diesen Fällen könnte es zunächst scheinen, als ob eine von seinem wirklichen Willen abweichende Erklärung des Vertragschließenden, in fremdem Namen handeln zu wollen, vorläge, die in den dies anzeigenden Umständen zum Ausdrucke käme. Auf so gelagerte Tatbestände, in denen der Kontrahent in fremdem Namen zu handeln erklärt, obwohl er im eigenen Namen handeln will, und diese Erklärung vom Dritten angenommen ist, also Konsens — allerdings anfechtbarer — vorliegt, werden wir unter den Fällen der zweiten noch zu besprechenden Kategorie stoßen. Hier indessen liegt nicht eine Erklärung des Kontrahenten, in seinem Namen handeln zu wollen, vor, sondern die seinem Willen entsprechende Erklärung, für sich selbst zu handeln. Lautet seine Erklärung auch ganz unbestimmt, zum Beispiel: „Schicken Sie die und die Vorräte!“ oder „Ich möchte diesen Hasen kaufen“, so ist sie irrtumsfrei, da er sie ihrem Inhalte nach so abgeben wollte. Weil der Wille des Handelnden denjenigen, welcher vom Dritten als sein Vollmachtgeber angesehen wird, zu berechtigen und zu verpflichten, fehlt, so kann aus den Umständen, die für einen Vertretungswillen sprechen, der Erklärung in diesen Fällen nicht der Sinn beigelegt werden, daß sie, wie bei anderen Gelegenheiten im Einklange mit den Umständen besage: „Ich, der Vertreter des Gutsbesitzers, oder ich, als Köchin, die Vertreterin meiner Herrschaft, kaufe“, sondern in diesem Falle, obwohl für den Dritten, den Verkäufer, der Unterschied nicht zu erkennen ist, ist ihr Inhalt lediglich: „Ich kaufe für mich“.

Dies ist bereits richtig in einer bedeutsamen Entscheidung des Reichsgerichts vom 5. Februar 1901[1]) erkannt worden. Dort ist eine Firma B und D aus einem Darlehen verklagt. Auf Grund der Ausführungen des Berufungsgerichts steht fest, daß ein Dr. B. bei Aufnahme des Darlehns in dem Kläger den Glauben erweckt hat, daß das Darlehen für die Firma B und D bestimmt sei,

[1]) JW. 1901, 163, No. 14.

und Kläger hierdurch zur Hingabe desselben veranlaßt worden ist. Entgegen der Entscheidung des Berufungsgerichts, das hiernach eine Verpflichtung der Firma annimmt, betont das Reichsgericht, auf Grund dieser Feststellung erscheine die Annahme nicht als gerechtfertigt, daß nach den Umständen auch der Gesellschafter Dr. B. das Geschäft für die Gesellschaft abschließen wollte, oder gegenüber dem Kläger einen Willen erklärt hat, das Geschäft für die Gesellschaft abzuschließen.

Wir sehen, der Tatbestand ist ein typischer Fall der hier besprochenen Gruppe. Das Reichsgericht erkennt vollkommen richtig, daß der bloße durch die Umstände allerdings gerechtfertigte Glaube der Gegenpartei, der Gegner handele im Namen eines anderen, keinen Schluß auf den Willen und vor allem nicht auf eine Willenserklärung des Gegners zuläßt. Wir finden also in dieser Entscheidung unsere Ansicht unterstützt, daß die Erkennbarkeit der scheinbar eine Vertretungsabsicht anzeigenden Umstände mit einer stillschweigenden Erklärung des scheinbaren Vertreters nichts zu tun hat, sobald nicht dessen Wille hinzutritt, der erst in Verbindung mit den Umständen eine stillschweigende Erklärung herbeiführen kann. Wenn das Reichsgericht auch nicht unsere alsbald zu besprechende Konsequenz aus seiner Ansicht zieht, so hat es doch jedenfalls ausgesprochen, daß von Vertretung bei der geschilderten Sachlage nicht die Rede sein kann. Steht somit in den Fällen dieser Art fest, daß die Erklärung des als Vertreter angesehenen Kontrahenten im eigenen Namen abgegeben ist, so fehlt, da der Dritte sie nicht verstanden, sondern auf den nach seiner Meinung Vertretenen bezogen und das Angebot des anderen in diesem Sinne angenommen hat, die zum Vertrage notwendige Einigung: Es besteht Dissens. Falls anzunehmen ist, daß der Kaufmann seine Waren auch an den scheinbaren Vertreter, in unseren Beispielen den Bevollmächtigten oder die Köchin, verkauft haben würde, also daß er nicht etwa ein besonderes Interesse daran hätte, mit diesen – z. B. wegen Kreditunfähigkeit — als Ver-

tragsgegnern sich nicht einzulassen, in welchem Falle nämlich der Dissens nicht geheilt werden könnte, vermögen wir den Vertrag aufrecht zu erhalten. Um dies Ergebnis zu gewinnen, brauchen und können wir allerdings hier nicht erst zur Analogie des § 155 BGB. greifen. Denn mit diesem Mittel würden wir den Vertrag nur zwischen dem Dritten und dem seiner Meinung nach Vertretenen erhalten können. Sobald wir aber unterstellen, daß der scheinbare Vertreter das Geschäft keinesfalls für seinen angeblichen Vollmachtgeber abgeschlossen hätte, in den Beispielen, der Bevollmächtigte also diese Vorräte nicht für den Gutsbesitzer kaufen wollte, weil jener sie nicht nötig hatte, sondern er selbst wegen der Einquartierung bei ihm, und die Köchin den Hasen nicht gekauft haben würde, wenn dies Geschäft auf die Herrschaft bezogen wäre, wird es deutlich, daß die Parteien den Vertrag nicht *mit* der Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung des scheinbaren Vertreters, mit anderen Worten *mit* der Vereinbarung, daß die Wirkungen in der Person des angeblich Vertretenen eintreten sollten, abgeschlossen haben würden. Dagegen darf ohne weiteres angenommen werden, daß sie *ohne* Einigung über den vom Dritten gewollten Ausschluß der Haftung des angeblichen Vertreters den Vertrag gleichwohl geschlossen hätten. Infolgedessen gilt das Vereinbarte nach § 155, der somit *direkt* anzuwenden ist. Mit anderen Worten, das Kaufgeschäft ist für den angeblichen Vertreter als Käufer im eigenen Namen perfekt geworden. Der Bevollmächtigte könnte demnach mit Recht die Mängelrüge erheben.

Verändern wir den Tatbestand jetzt folgendermaßen: Die als solche erkennbare Köchin will den Hasen im eigenen Namen kaufen, der Kaufmann betrachtet sie aber als Vertreterin der Herrschaft. Ferner soll angenommen werden, sowohl, daß auch die Herrschaft mit dem Kaufe in ihrem Namen einverstanden gewesen wäre, vielleicht, weil sie der Köchin den Auftrag gegeben hatte, auch für sie einen Hasen zu kaufen, als auch, daß die Köchin ge-

gebenenfalls den gekauften Hasen ebensowohl für die Herrschaft als für sich gekauft haben würde. Alsdann ist die doppelte Möglichkeit gegeben, den wegen Dissenses an sich ungültigen Kauf nach § 155 für die Köchin oder nach Analogie des § 155 für die Herrschaft aufrecht zu erhalten. § 155 ist direkt anzuwenden, weil die Parteien den Vertrag auch ohne Einigung über die vom Kaufmanne verlangte Wirksamkeit im Namen der Herrschaft, § 155 ist analog anzuwenden, weil sie den Vertrag auch mit der Vereinbarung über die Wirksamkeit im Namen der Herrschaft geschlossen haben würden. Die Sachlage ist demnach lediglich eine Umkehrung derjenigen, wie sie in den entsprechenden oben in unserem § 4 geschilderten Fällen[1]) vorhanden ist. Nach denselben Gesichtspunkten wie dort werden wir infolgedessen im einzelnen Falle zwischen den beiden Möglichkeiten zu wählen haben.

Noch ein Beispiel, das sich in den Jhering'schen Rechtsfällen[1]) findet, mag herangezogen werden: Dort verkauft aus dem noch ungeteilten Nachlasse eines Buchhändlers ein Miterbe, der Kommis im Geschäft des Erblassers ist, Exemplare von einem Verlagswerke an einen Antiquar. Der Kommis veräußert die Bücher, um sich schnell bares Geld zu verschaffen, demnach offenbar mit dem Willen, im eigenen Namen zu handeln. Der Antiquar — darüber sind in dem Falle keine Angaben gemacht — konnte nach Lage der Sache mangels ausdrücklicher Erklärung aus den Umständen doch nur folgern, daß er durch den Kommis als Vertreter mit dem Inhaber der Buchhandlung kontrahierte. Während also der Miterbe im eigenen Namen handeln wollte, gab der Antiquar seine Vertragserklärung für den Prinzipal ab, d. h. es liegt Dissens vor. Da nicht anzunehmen ist, daß die übrigen Miterben, die mit dem Kommis zusammen hier die Vertretenen sind, diesen Verkauf aus dem Nachlasse gebilligt hätten, andererseits aber der Antiquar kein Interesse daran

[1]) S. 51, 52.

[2]) Jhering Rechtsfälle No. 5.

hatte, von dem Kommis als Selbstkontrahenten nicht zu kaufen, so ist unseres Erachtens der an sich wegen Dissenses ungültige Kauf auf Grund des § 155 BGB. zwischen Antiquar und Kommis abgeschlossen, wobei die Hauptfrage jenes Rechtsfalls hier natürlich dahingestellt bleiben kann, ob der Kommis überhaupt als solcher und als Miterbe zu dem Verkaufe berechtigt war, der Verkauf daher aus diesem Grunde nicht möglicherweise unwirksam ist.

Die zweite Gruppe umfaßt die Fälle, in denen jemand im eigenen Namen, z. B. als Kommissionär, handeln will, irrtümlich aber eine Erklärung in fremdem Namen abgibt, die der Dritte annimmt. Die Erklärung kann wie jede Erklärung eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Wenn z. B. ein Kontrahent einem Dritten eine stillschweigende d. i. aus den Umständen zu entnehmende Erklärung macht, in fremdem Namen handeln zu wollen, in der irrigen Meinung, kundgegeben zu haben, daß er für sich selbst kontrahieren wolle, so ist gleichwohl dieser Fall nicht etwa mit den Fällen der vorigen Kategorie identisch. Denn hier liegt in der Tat eine — stillschweigende — Erklärung des Kontrahenten vor, in fremdem Namen zu handeln, die allerdings auf Irrtum beruht, dort dagegen, wie wir gezeigt haben, wollte der Handelnde im eigenen Namen handeln und gab auch eine dementsprechende Erklärung ab, die nur von dem Dritten mißverstanden wurde. Der Unterschied wird klar, wenn wir die vielfach gebrauchten Ausdrücke „Erklärungs- und Erfolgswillen“ einmal bei den beiden Gruppen anwenden. In der ersten Gruppe ist der Erfolgswille des Kontrahenten darauf gerichtet, den Vertrag im eigenen Namen zu schließen (der Generalbevollmächtigte des Gutsbesitzers!), der Erklärungswille auf die Kundgebung im eigenen Namen (seine Erklärung: „Schicken Sie Vorräte“ bedeutet: „Ich will Vorräte kaufen“ und ist in diesem Sinne von ihm gewollt), in der zweiten Gruppe bezieht sich der Erfolgswille gleichfalls auf das Geschäft im eigenen Namen, der Erklärungswille hingegen auf die Kundgebung im Namen

des scheinbar Vertretenen (der Vertragschließende will seine Erklärung als solche).

Die Annahme dieser Willenserklärung im Namen des scheinbar Vertretenen durch den Dritten hat daher zur Folge, daß der Vertrag zunächst jetzt durch Willensübereinstimmung in fremdem Namen geschlossen ist.

Ebenso verhält es sich in dem von Rümelin[1]) noch herangezogenen Falle, wenn die Erklärung des Vertreters ihrem objektiven Sinne nach auf den A als Vertretenen lautet, während der Vertreter für den B handeln wollte und der Dritte die Erklärung als für A abgegeben auffaßt. Auch hier ist zunächst einmal Konsens der Parteien über Abschluß im Namen des A vorhanden.

Wie wir die Fälle der ersten Gruppe als Umkehrungen zu den Fällen unseres § 4[2]) betrachten können, so bedeuten die hier behandelten Fälle Umkehrungen der Fälle unseres § 5[3]) für die die Bestimmung des § 164 Absatz 2 besteht.

Während für jene Fälle die Anfechtung nach § 119 durch den § 164 Absatz 2 aber gerade ausgeschlossen ist, ist sie in unseren Fällen, für die eine derartige gesetzliche Bestimmung nicht existiert, zulässig. Der Kontrahent kann daher die irrtümlich auf fremden Namen gestellte Erklärung wegen Irrtums nach § 119 BGB. anfechten. Es könnte befremden, daß hier, da der Vertrag ja zwischen Dritten und scheinbar Vertretenen geschlossen ist, der für den Vertreter angesehene Kontrahent, der nunmehr doch außerhalb des Vertragsverhältnisses steht, denselben anfechten kann, da die Anfechtung den Vertrag nichtig macht. Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, daß dieses Vertretungsverhältnis allein der irrigen Erklärung des angeblichen Vertreters seine Entstehung verdankt, daß, wie Rümelin[4]) mit Recht sagt, in den Fällen, in denen ein Stellvertretungsgeschäft garnicht beabsichtigt war, der

[1]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 200.

[2]) Oben S. 38ff.

[3]) Oben Seite 58ff.

[4]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 198 bezw. 200.

Vertreter müsse anfechten können und nicht der Vertretene, der nur durch die obwaltenden Erklärungsfehler äußerlich in Geschäftsbeziehungen zum Gegner gesetzt worden sei. Wir halten danach die Anfechtung dieser Verträge durch den angeblichen Vertreter auf Grund des § 119, wenn nicht direkt, so doch zum mindesten in analoger Anwendung, für statthaft.[1]) Nach § 122 BGB. muß allerdings der angebliche Vertreter dem Dritten, nicht aber dem angeblichen Vollmachtgeber das negative Interesse ersetzen.[2])

[1]) Zu derselben Entscheidung dieser Fälle würde auch Matthias 1, 213 kommen, dessen Unterscheidung nach allem Bisherigen im übrigen nicht gebilligt werden kann.

[2]) Rümelin ArchCivPrax. 93, 198.